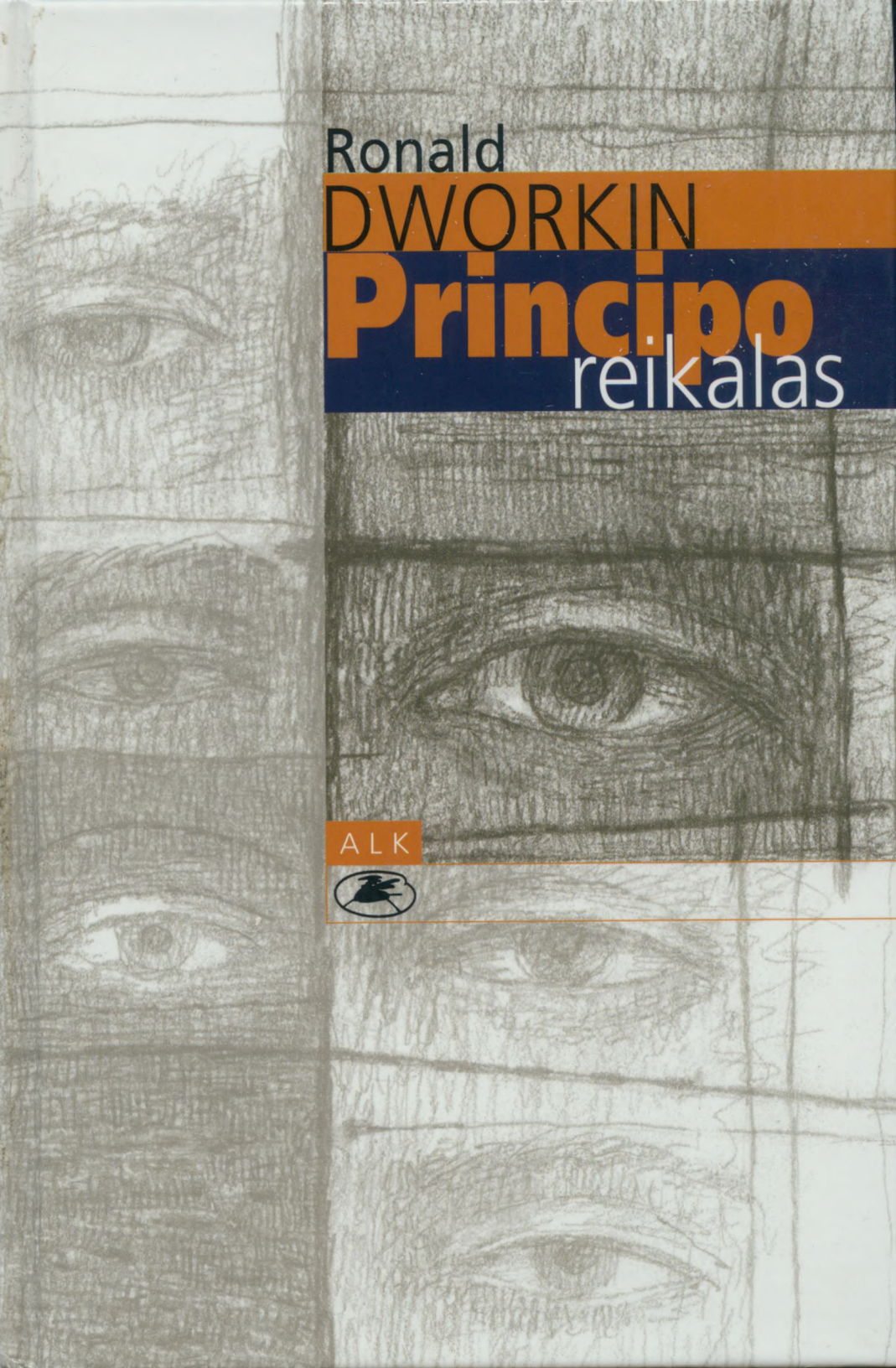
Ronald

DWORKIN

Principo reikalas



ALK

Ronald Dworkin

PRINCIPO REIKALAS

IŠ ANGLŲ KALBOS VERTĖ
KAROLIS KLIMKA

LIETUVOS
RAŠYTOJŲ SĄJUNGOS
LEIDYKLA
VILNIUS

UDK 340.12
Dv79

This edition is published with the support
from the Open Society Fund – Lithuania and from the CEU
Translation Project of the Open Society Institute – Budapest.
Knygos leidimą finansavo Atviros Lietuvos fondas
ir Atviros visuomenės institutas Budapešte
(Vidurio Europos universiteto Vertimų projektas).

Versta iš:
Ronald Dworkin, *A Matter of Principle,*
Harvard University Press, 1985.

Published by arrangement with Harvard University Press
Copyright © 1985 by Ronald Dworkin
All rights reserved
© Vertimas, Karolis Klimka, 2006
© Dizainas, Romas Orantas, 2006
© Lietuvos rašytojų sąjungos leidykla, 2006

ISSN 1392-1673
ISBN 9986-39-417-1

Turinys

Įvadas / 7

PIRMA DALIS

POLITINIS TEISĖS PAMATAS / 15

1. Politiški teisėjai ir teisės viešpatavimas / 16
2. Principo forumas / 50
3. Principas, politinė nuostata, procedūra / 105
4. Pilietinis nepaklusnumas ir protestas prieš branduolinį ginklavimąsi / 151

ANTRA DALIS

TEISĖ KAIP INTERPRETACIJA / 169

5. Ar tikrai sunkiosiose bylose neįmanomas teisingas atsakymas? / 170
6. Kuo teisė panaši į literatūrą? / 209
7. Apie interpretaciją ir objektyvumą / 239

TREČIA DALIS

LIBERALIZMAS IR TEISINGUMAS / 255

8. Liberalizmas / 256
9. Kodėl liberalams turėtų rūpėti lygybė / 289
10. Kas nėra teisingumas / 301
11. Ar liberali valstybė gali remti meną? / 310

KETVIRTA DALIS

EKONOMINIS POŽIŪRIS Į TEISĘ / 329

12. Ar gerovė – vertybė? / 330
13. Kuo čia dėtas efektyvumas? / 374

PENKTA DALIS

ATVIRKŠTINĖ DISKRIMINACIJA / 409

14. Bakke'o byla: ar taikyti kvotas – neteisinga? / 410
15. Koks iš tikrųjų buvo *Bakke* bylos sprendimas? / 425
16. Kaip suprasti Civilinių teisių aktą? / 441

ŠEŠTA DALIS

CENZŪRA IR LAISVA SPAUDA / 465

17. Ar mes turime teisę į pornografiją? / 466
18. Farberio byla: žurnalistai ir informatoriai / 520
19. Ar spauda pralaimi Pirmosios pataisos bylą? / 531

Išnašos / 556
Vardų rodyklė / 582

Įvadas

Ši knyga – apie fundamentalius teorinius politinės filosofijos ir jurisprudencijos dalykus: apie tai, kas yra liberalizmas ir kodėl jis mums vis dar reikalingas; ar turėtume būti skeptiški dėl teisės ir moralės; kaip derėtų apibrėžti kolektyvinį klestėjimą; kas yra interpretacija ir kokiu mastu teisė yra interpretacijos, o ne kūrybos (*invention*) dalykas. Kartu tai praktinė knyga apie aktualiausius politinius klausimus. Ar teisinga juodaodžiams teikti pirmenybę konkursuose dėl darbo vietos ar vietos universitete? Ar kokiomis nors aplinkybėmis gali būti teisinga sulaužyti įstatymą? Ar necivilizuota drausti nešvankius filmus; ar neteisinga cenzūruoti knygas nacionalinio saugumo sumetimais? Kokias teises turi įtariamieji, kai nusikalstamumo rodikliai kyla? Ar socialinis teisingumas reiškia ekonominę lygybę? Ar teisėjai turėtų daryti politinius sprendimus? Ši knyga visų pirma apie sąveiką tarp šių dviejų mūsų politinės sąmonės lygmenų: praktinių problemų ir filosofinės teorijos, neatidėliotinų dalykų ir principo dalykų.

Knygoje spausdinamos esė buvo parašytos atskirai per pastaruosius keletą metų. Diskusijos, į kurias jose įsitraukiama, yra senos; tačiau istorija joms suteikė naują pavidalą ir svarbą. Senas ginčas, ar teisėjams dera kurti teisę ir ar jie ją kuria, turi didesnę praktinę svarbą nei bet kada iki šiol, bent jau Jungtinėse Valstijose. Labai tikėtina, jog žmogus, išrinktas prezidentu, paskirs į Aukščiausiąjį teismą pakankamai tokių teisėjų, kad padiktuotų šios vyriausiosios institucijos pobūdį ištisai generacijai, o žmonės galės protingai įvertinti jo pasirinkimą tik tuo atveju, jeigu turės aiškų požiūrį į tai, kas yra bylų sprendimas ir kam reikalingas Aukščiausiasis teismas. Atominių ginklų

kūrimas ir panaudojimas turėjo galingą poveikį žmonių požiūriui į pilietinį nepaklusnumą ir, bendresne prasme, ryšį tarp sąžinės ir politinės pareigos tiek Vakarų Europoje, tiek Jungtinėse Valstijose ir Britanijoje. Afirmatyviojo veiksmo programos, kurios siekia geresnių rasinių santykių preferencijomis ir kvotomis, ir toliau tebeskaldo sąžinės žmones ir tebepriešina vieną mažumą su kita; recesija ir aukštas nedarbo lygis šiuos ginčus tik dar paaštrino. Seniai prasidėję karai dėl pornografijos ir cenzūros turi naujas kariaunas, kurias sudaro radikaliosios feministės ir moralioji dauguma. Amžinas konfliktas tarp laisvosios spaudos (iš vienos pusės) ir privatumo ir saugumo (iš kitos) atrodo aštresnis ir raizgesnis nei kada nors iki šiol.

Didžiojoje dalyje ginčų teismo bylos figūruoja ne kaip teisės istorijos ar doktrinos pratybos, bet veikiau dėl to, kad teisė teikia ypatingą nuskaidrinantį pavidalą politinei kontroversijai. Kai politiniai klausimai pasiekia teismą, – o taip būtinai anksčiau ar vėliau atsitinka, bent jau Jungtinėse Valstijose, – jie reikalauja sprendimo, kuris būtų sykiu ir atskiras, ir pagrįstas principais. Jie turi būti sprendžiami individualiai, paisant jų viso socialinio kompleksiškumo; tačiau tas sprendimas turi būti apgintas kaip kylantis iš nuoseklios ir nekompromisinės teisingumo ir teisiškumo (*fairness and justice*) vizijos, nes būtent tai galiausiai iš tikrųjų reiškia teisės viešpatavimas. Teisinė analizė šia plačia prasme yra konkretesnė negu klasikinė politinė filosofija ir principingesnė nei politikos menas. Ji teikia pavyzdinę sceną valdymo filosofijai.

Pirmoje knygos dalyje aiškinamasi, kokią reikšmę įvairių pareigūnų ir piliečių sprendimams dėl to, kokia yra teisė ir kada ji turėtų būti įgyvendinta bei kada jai turėtų būti paklūstama, turėtų turėti politiniai įsitikinimai. Joje atmetama populiari, bet nerealistinė nuomonė, jog šiems sprendimams tokie įsitikinimai neturėtų turėti iš viso jokios reikšmės, kad teisė ir politika priklauso absoliučiai skirtingiems ir vienas nuo kito nepriklausomiems universumams. Tačiau joje atmetama ir priešinga pažiūra – kad teisė ir politika yra visiškai tas pat, kad teisėjai, spręsdami sunkias konstitucines bylas, papras-

čiausiai balsuoja už savo asmeninius politinius įsitikinimus tarsi jie būtų įstatymų leidėjai ar naujo konstitucinio konvento delegatai. Ši primityvi pažiūra joje atmetama dėl dviejų priežasčių, kurių kiekviena sudaro svarbią kitų knygos dalių temą.

Pirma, ta primityvi pažiūra ignoruoja labai svarbų bylų sprendimo suvaržymą. Teisėjai turėtų įgyvendinti tik tuos politinius įsitikinimus, kuriuos jie sąžiningai mano galint figūruoti koherentiškoje bendroje bendruomenės teisinės ir politinės kultūros interpretacijoje. Žinoma, teisininkai pagrįstai gali nesutarti dėl to, kada šis kriterijus yra patenkinamas, o šį kriterijų galėtų atitikti labai skirtingi, netgi nesuderinami įsitikinimai. Tačiau kai kurie galėtų ir neatitikti. Teisėjas, kuris pripažįsta šį suvaržymą ir kurio asmeniniai įsitikinimai yra marksistiniai arba anarchistiniai, arba perimti iš kokios nors ekscentriškos religinės tradicijos, negali šių įsitikinimų kaip teisės pavadinimu primesti bendruomenei, kad ir kokius kilnius ar švietėjiškus jis mano juos esant, nes jie negali pateikti aiškios bendros interpretacijos, kurios jam reikia.

Antra, ta primityvi pažiūra užtemdo teisės teorijai kapitališkai svarbią perskyrą – perskyrą, kurią visiškai tiesiogiai nurodo šios knygos pavadinimas. Mūsų politinė praktika pripažįsta dvi skirtingas argumentų, siekiančių pateisinti politinį sprendimą, rūšis. Politinės nuostatos argumentai mėgina parodyti, jog visai bendruomenei apskritai būtų geriau, jeigu būtų laikomasi tam tikros programos. Šia specialia prasme šie argumentai yra grindžiami tikslu (*goal-based*). Principo argumentai, priešingai, teigia, jog tam tikros programos turi būti vykdomos – arba jų turi būti atsisakoma dėl jų padarinių tam tikriems žmonėms – net tuomet, jei visos bendruomenės padėtis kuriuo nors atžvilgiu dėl to pablogėja. Principo argumentai yra grindžiami teisėmis (*right-based*). Kadangi paprasta pažiūra, anot kurios teisė ir politika yra tas pat, šią perskyrą ignoruoja, ji išleidžia iš akių svarbų propozicijos, jog teisėjai spręsdami, kokia yra teisė, privalo laikytis ir laikosi savo pačių politinių įsitikinimų, patikslinimą. Net sunkiosiose bylose, nors teisėjai įgyvendina savo pačių įsitikinimus dėl principo dalykų, jie neturi įgyvendinti ir paprastai neįgyvendina savo pačių nuomonės dėl išmintingos politinės nuostatos.

Šią perskyrą esu aptaręs kitur, ir ji buvo kvestionuojama įvairiais būdais. Kai kurie kritikai prieštarauja pačiai perskyrai; kiti prieštarauja ką tik pateiktam teiginiui, jog bylų sprendimas paprastai yra principo, o ne politinės nuostatos dalykas. Jų argumentai ir mano atsakymai yra surinkti neseniai išėjusiame tome, kuriame sudėti ir kritiniai komentarai apie kitas šioje knygoje perspausdinamas esė.[1] Šioje knygoje negrįžtame prie to ginčo. Vietoj to čia mėginama parodyti praktinę šios perskyros vertę įvairiuose kontekstuose. Pavyzdžiui, 4-ame skyriuje įrodinėjama, kad argumentus už pilietinį nepaklusnumą reikia konstruoti kitaip ir kad jie tikslintini skirtingu būdu tuo atveju, kai įstatymas ar kitas kvestionuojamas oficialus sprendimas yra suprantamas kaip didelė politinės nuostatos klaida, nei tada, kai jis suprantamas kaip šiurkšti principo klaida. Pavyzdžiui, jeigu protestai prieš atominių ginklų dislokavimą Europoje paprastai yra iššūkis politinei nuostatai, o ne principui, tai pilietinis nepaklusnumas yra visai kas kita nei tas nepaklusnumas, kuris ankstesniaisiais dešimtmečiais buvo nukreiptas prieš neteisingus karus ir rasinę diskriminaciją.

Antroje dalyje ginamas ką tik paminėtas teiginys, jog teisinė analizė yra fundamentaliai interpretacinė, ir pateikiamas bendras interpretacijos aiškinimas siekiant apibūdinti kokia prasme taip yra. Joje taip pat svarstoma, kokių implikacijų šis teiginys turi svarbiam teoriniam jurisprudencijos klausimui. Anglų ir amerikiečių teisininkai apskritai buvo skeptiški dėl „teisingo" atsakymo galimybės bet kokioje iš tikrųjų sunkioje byloje. Jeigu teisininkai ir teisėjai nesutaria dėl to, kokia yra teisė, ir nė vienas neturi triuškinančio argumento savo nuomonei įrodyti, tai kokią prasmę gali turėti tvirtinimas, jog viena nuomonė yra teisinga, o kitos klaidingos? Anot vieno paplitusio požiūrio, neverta abejoti, jog esama tik skirtingų atsakymų į teisės klausimą ir nėra vieno teisingo ar geriausio atsakymo. Kai kurie teisininkai, besilaikantys šios skeptiškos pažiūros, daro išvadas, kurias jie mano esant konservatyvias: teisėjai turėtų gerbti sprendimus, priimtus reprezentatyvesnių institucijų, tokių kaip legislatūros, o konstitucinės teisės atveju – sprendimus, kadaise priimtus konstitucinės santaros

Pagrindėjų. Kiti šiame skepticizme įžvelgia tam tikrą savavaldžiavimo sankciją: jeigu nesama teisingo atsakymo kokioje nors konstitucinės reikšmės byloje, niekas neturi jokios teisės į tai, kad teismai spręstų kokiu nors konkrečiu būdu, todėl teisėjai turi spręsti tuo būdu, kuris jiems atrodo geriausias tautos ateičiai. Antroje dalyje įrodinėjama, jog šis skeptinis kvestionavimas patiria permainą ir sušvelnėja, kai suvokiama, jog teisinė argumentacija ir analizė yra interpretacinio pobūdžio. Mat tie atžvilgiai, kuriais galima sakyti, jog interpretaciniai argumentai įgalina teisingus atsakymus, yra pakankamai specialūs ir sudėtingi, kad kvestionuotų įprastinius argumentus už skepticizmą. Išties, kai teisė šitaip suprantama, vargu ar prasminga teigti arba neigti „objektyvią" teisinių teiginių tiesą.

Trečioje dalyje nuo samprotavimo tiesiogiai apie teisę pereinama prie politinės teorijos klausimų, kurie sudaro kontekstinį pamatą. Šioje dalyje aiškinamės esamą liberaliosios teorijos būklę. Kadaise – dar visai neseniai – liberalizmas buvo kone konsensinė politinė teorija Britanijoje ir Jungtinėse Valstijose, bent jau tarp politikos ir teisės filosofų. Jie nesutarė dėl daugelio dalykų, tačiau visi atrodė pripažįstą, kaip artimą aksiomiškam dalyką, tam tikrą egalitarinį individualizmą. Kitaip tarant, jie manė, jog politika turėtų turėti dvi bendras ambicijas: pirma, padidinti piliečių galią – kiekvieno iš jų – gyventi tokį gyvenimą, kokį kiekvienas ir kiekviena mano esant geriausią sau; ir antra, sumažinti didžiulę išteklių, kurie yra prieinami to tikslo siekiantiems skirtingiems žmonėms ir grupėms bendruomenėje, nelygybę. Tačiau taip suvokiamas liberalizmas nebėra toks populiarus; dabar politikai varžosi, kuris išsižadės daugiau šio idealo aspektų. Jį sakoma patyrus nesėkmę. Jis, anot kai kurių kritikų, pasirodė esąs pernelyg kilniaširdiškas ir brangiai atsieinąs, o anot kitų – pernelyg skaldantis ir niekšingas. Trečioje dalyje įrodinėjama, jog naujasis konsensas prieš liberalizmą yra pagrįstas painiavą lemiančiais argumentais, kurie buvo paskatinti liberaliųjų teoretikų nesugebėjimo identifikuoti konstitutyvius liberalizmo principus ir nuskaidrinti egalitarizmo formą ir kuriais, liberalieji idealai, deramai juos suprantant, yra pagrįsti.

Ketvirtoje dalyje vėl grįžtama prie politinės ir teisės teorijos. Joje svarstoma dabar populiari tezė apie tai, kaip teisėjai turėtų spręsti bylas. Ši tezė neigia, kad teisėjams išvis turėtų rūpėti moraliniai standartai įprastine prasme. Jų sprendimai turėtų būti ekonominiai, o ne moraliniai; jie turėtų siekti padaryti visą bendruomenę turtingesnę, o ne kokia nors kitokia prasme teisingesnę. Ši nuostata, dažnai vadinama „ekonominiu" požiūriu į teisę, užvaldė didelę dalį amerikiečių teisinės edukacijos ir turi savo atstovą Britanijoje ir kitur. Ji asocijuojama su konservatyviomis politinėmis pozicijomis ir kartais, atrodo, tėra priedanga iš naujo įsigalinčiai egoistinio intereso politikai, kuri graso užpildyti tuštumą, paliktą pasitraukusio liberalizmo. Tačiau ji traukia net tų teisės mokslininkų ir teisėjų protus, kurie nėra įsipareigoję ginti nelygybę, o teisės žurnalai dabar nebesutalpina šios pakraipos produkcijos. Ketvirtoje dalyje argumentuojama, jog nepaisant to, ekonominė pažiūra neturi jokio apginti galimo filosofinio pagrindo.

Penkta ir šešta dalys yra skirtos dviem sudėtingiems dabar įsiplieskusiems ginčams. Kiekvienas iliustruoja praktinę perskyros tarp principo argumentų ir politinės nuostatos argumentų vertę ir svarbą. Penktoje dalyje įsitraukiama į įnirtingą ginčą dėl pozityviosios diskriminacijos programų samdos srityje ir priimant į universitetus bei profesines mokyklas – programų, skirtų pagerinti bendrajai juodaodžių ir kitų mažumų grupių padėčiai. Joje plėtojamas argumentas, kad tokias programas galima geriausiai pateisinti ne principo argumentais apie tam tikrų žmonių, kuriems tos programos teikia naudą, bet teises, remiantis politinės nuostatos argumentais apie bendrą naudą, kurią jos užtikrina bendruomenei kaip visumai. Tuomet lemiamą reikšmę įgyja klausimas, ar koks nors principo argumentas sudaro priešpriešą politinei nuostatai, kuria tuo būdu siekiama užtikrinti naudą bendruomenei. 13-ame skyriuje tiriami įvairūs principai, kurie, manytina, galėtų suteikti to pobūdžio argumentą; jame prienama išvada, jog nė vienas jų tokio argumento nesuteikia. Jeigu taip, tai iš tiesų svarbūs debatų apie pozityvią diskriminaciją klausimai yra vien tik politinės nuostatos klausimai. Įvairias kvotų

ir pirmenybės teikimo programas turime vertinti kiekvieną individualiai, sverdami jų praktinę kainą ir naudą, o ne urmu, kokiu nors principo mastu.

Šeštoje dalyje kalbama apie cenzūrą. Joje svarstomas, pirma, įtampą kurstantis ir atvirai seksualių knygų, filmų ir fotografijos klausimas. Argumentai prieš tokios medžiagos cenzūravimą galėtų būti konstruojami dviem skirtingais būdais. Pirmasis remiasi politinės nuostatos argumentu; puikus pavyzdys yra į tikslą apeliuojantis argumentas, pateiktas neseniai paskelbtoje Williamo ataskaitoje, teigiančioje, jog saviraiškos laisvė turi būti ginama, bent jau tam tikru mastu, tam, kad būtų palaikomos žmogaus klestėjimo sąlygos. Tą Ataskaitą aprašau 17-ame skyriuje; įrodinėju, jog joks tos rūšies pateisinimas nebus adekvatus tam laisvės mastui, kurį rekomenduoja pati Ataskaita. Tuo tarpu antrasis raiškos laisvės gynimas remiasi principo argumentais. Aš aprašau tokios rūšies gynimą, apeliuojantį į žmonių teisę į seksualinio pasirinkimo laisvę (*freedom of sexual choice*), ir, bendresne prasme, į moralinę nepriklausomybę, net jei jų pasirinkimai net ilgalaikėje perspektyvoje nepadarys bendruomenės geresnės kaip visumos.

Paskutinėse dviejose esė gvildenama spaudos laisvės problema. Didelę dalį pastarojo meto debatų gadino tai, jog tie, kurie remia specialias privilegijas spaudai, kaip principo argumentus teikia tai, kas iš tikrųjų yra politinės nuostatos argumentai. 18-ame skyriuje svarstoma, pavyzdžiui, ar reporteriui turi būti leidžiama nesuteikti informacijos apie savo šaltinius, net kai ši informacija yra reikalinga gynybai baudžiamajame procese. Daugelis reporterių mano, jog jeigu jie bus verčiami atskleisti konfidencialius šaltinius, tai tokie šaltiniai „išseks“, nes informatoriai nenorės rizikuoti būti išviešinti. Jie teigia, jog dėl to išslaptinimo reikalavimo klausimas nurodo principo konfliktą tarp dviejų tariamų teisių: to, kuris yra kaltinamas nusikaltimu, teisės į visokią informaciją, galinčią padėti jo gynybai, ir konkuruojančios teisės – visuomenės „teisės žinoti“, kurios spauda negalės pakankamai patenkinti, jeigu šaltiniai bus išviešinami. Aš argumentuoju, jog šis pavaizdavimas yra klaidingas, nes tariama visuomenės

teisė žinoti, griežtai kalbant, apskritai nėra teisė. Argumentas, ginantis laisvą informacijos cirkuliavimą, yra politinės nuostatos argumentas: anot jo, bendruomenė patobulės įvairiais atžvilgiais, jeigu ji geriau informuojama. Jei tai teisinga, tai konfliktas tarp teisingo teismo ir spaudos laisvės šiuo atveju nėra principo konfliktas, o veikiau principo ir politinės nuostatos varžybos. Ir principas, ir politinė nuostata svarbūs, tačiau šis konfliktas, išskyrus ypatingas aplinkybes, turi būti sprendžiamas principo naudai, o tai reiškia – kaltinamajam teisingo proceso naudai.

Knygos baigiamojoje esė iš šio patarimo išvedamas perspėjimas. Nors kai kurie spaudos gynėjai suplaka politinę nuostatą ir principą norėdami išplėsti žodžio laisvę, maišatis, kurią jie sukuria, kenkia jų tikslui. Ji stato į pavojų Pirmosios pataisos centrinį principo branduolį, autentišką ir trapią žodžio laisvės teisę. Mums kyla didesnis pavojus – paminti tą teisę – nei tik grėsmė netekti akivaizdžiausios politinės nuostatos naudos, teikiamos stiprios tiriamosios žurnalistikos, todėl turėtume įsisąmoninti pavojų laisvei, keliamą jų painiojimo. Šis perspėjimas yra bendro pobūdžio. Jeigu mums taip menkai terūpi principas, kad politinę nuostatą papuošiame jo drabužiais, kai šito reikia mūsų tikslui, mes nupiginame principą ir smukdome jo autoritetą.

Šioje knygoje pirmines esė pakeičiau nežymiai; daugiausia – aktualumo netekusius pasakymus, kurie šiandien nebetinka. Tačiau nedariau esminių pakeitimų ir nekonstravau naujų argumentų, nes kai kurios iš pirminių esė buvo diskutuojamos ir kritikuojamos kitų autorių, tad būtų neteisinga keisti argumentus perspausdinant jas šiame rinkinyje. Šiuos pakeitimus ir tolesnius argumentus, tiek, kiek jie yra apie teisę, aš palieku naujai knygai apie teisės teoriją, kurią dabar rašau.

PIRMA DALIS

POLITINIS TEISĖS PAMATAS

1. Politiški teisėjai ir teisės viešpatavimas*

DU KLAUSIMAI IR DU IDEALAI

Ši esė skirta dviem klausimams ir sąsajoms tarp jų. Pirmasis yra praktinis klausimas, kaip teisėjai sprendžia ir turėtų spręsti sunkiąsias bylas. Ar teisėjai Jungtinėse Valstijose ir Didžiojoje Britanijoje priima politinius sprendimus? Ar jų sprendimai turėtų būti politiški? Sprendimai, kuriuos daro teisėjai, be abejo, *turi* būti politiški viena prasme. Daugeliu atvejų teisėjo sprendimui viena politinė grupė pritars, o kitoms jis nepatiks, nes tos bylos turi pasekmių politinėms kontroversijoms. Pavyzdžiui, Jungtinėse Valstijose Aukščiausiasis teismas privalo išspręsti svarbius konstitucinius klausimus, kurie sykiu yra politiniai klausimai, kaip antai klausimas, ar kaltinamieji nusikaltėliai turi procedūrinių teisių, apsunkinančių teisės įgyvendinimą. Britanijoje teismai turi spręsti bylas, reikalaujančias darbo santykius reguliuojančių įstatymų interpretacijos, tokias kaip bylos dėl antrinio piketo legalumo, kai Tredjunionų kongresas palaiko vieną interpretaciją, o Britanijos pramonininkų konfederacija – kitą. Tačiau aš noriu iškelti klausimą, ar teisėjai turėtų spręsti bylas, remdamiesi politiniais *pagrindais* – toks sprendimas yra ne tik sprendimas, kurio pageidautų tam tikros politinės grupės, bet ir sprendimas, priimtas tuo pagrindu, jog tam tikri politinės moralės principai yra teisingi. Teisėjas, kuris sprendžia politiniais pagrindais, sprendžia ne partinės politikos pagrindais. Jo sprendimo profesinių sąjungų pageidaujamos interpretacijos naudai motyvas nėra tai, jog jis yra (ar buvo) Leiboristų partijos narys. Tačiau politi-

* Pastaba. Pirmą kartą publikuota leidinyje *Proceedings of the British Academy*, 64 (1978). © 1980 British Academy

niai principai, kuriais jis tiki, pavyzdžiui, nuostata, jog lygybė yra svarbus politinis siekinys, tam tikroms politinėms partijoms gali būti būdingesnis negu kitoms.

Esama tradicinio atsakymo į mano klausimą, bent jau Britanijoje. Teisėjai neturėtų priiminėti savo sprendimo remdamiesi politiniais pagrindais. Tai kone visų teisėjų ir advokatų, taip pat prokurorų ir teisės teoretikų pažiūra. Tačiau kai kurie akademiniai teisininkai, save laikantys britų teismų praktikos kritikais, sako, jog iš tikrųjų britų teisėjai priima politinius sprendimus, nors oficiali pažiūra jiems to neleidžia daryti. Pavyzdžiui, J. A. G. Griffithsas iš Londono ekonomikos mokyklos poleminėje knygoje *Teisėjų politika* (*The Politics of the Judiciary*) įrodinėjo, jog keletas neseniai priimtų Lordų rūmų sprendimų buvo politiniai sprendimai, nors šis teismas labai stengėsi, kad atrodytų, jog tie sprendimai buvo priimti remiantis techniniais teisiniais, o ne politiniais pagrindais.[2] Bus pravartu glaustai aprašyti kai kuriuos iš šių sprendimų.

Charter[3] ir *Dockers*[4] *bylose* Lordų rūmai pateikė Rasinių santykių akto (*Race Relations Act*) interpretaciją, anot kurios politinių klubų, tokių kaip *West Ham Conservative Club,* Aktas neįpareigoja nediskriminuoti spalvotųjų žmonių. *Tameside* byloje Rūmai atšaukė leiboristų ministro potvarkį, panaikinantį vietinės Konservatorių tarybos sprendimą nekeisti vietinės mokyklų sistemos pagal visuotinį planą, remiamą leiboristų vyriausybės.[5] *Garsiojoje Shaw byloje* Lordų rūmai patvirtino nuosprendį prostitučių katalogo leidėjui.[6] Jie konstatavo, jog jis kaltas padaręs bendrosios teisės numatytą nusikaltimą – „pasikėsinimą gadinti viešąją moralę", nors ir pripažino, kad joks įstatymas neskelbia tokio kėsinimosi nusikaltimu. Kitoje, senesnėje byloje, *Liversidge v. Anderson,* Rūmai patvirtino sprendimą ministro, kuris per Antrąjį pasaulinį karą įsakė be teismo sulaikyti asmenį.[7] Griffithsas mano, jog kiekvienu iš šių atvejų (ir labai daugeliu kitų atvejų, kuriuos jis aptaria) Rūmų veiksmus motyvavo tam tikra politinė nuostata, būtent įtvirtintų vertybių ar socialinių struktūrų gynimo ir priešinimosi reformai nuostata. Jis nesako, kad teisėjai, kurie priėmė šiuos sprendimus, suvokė, jog, priešingai oficialiai

pažiūrai į jų funkciją, jie įgyvendina politinę poziciją. Tačiau jis mano, kad jie vis dėlto darė būtent tai.

Taigi esama manančių, kad britų teisėjai daro politinius sprendimus. Tačiau tokia nuomonė nereiškia, kad jie turėtų juos daryti. Griffithsas, kiek suprantu, mano, kad teisėjai neišvengiamai vaidins politinį vaidmenį kapitalistinėje ar pusiau kapitalistinėje valstybėje. Tačiau šito jis nelaiko kapitalizmo dorybe; priešingai – politinį teisėjų vaidmenį jis laiko smerktinu. Gali būti, jog vienas kitas teisėjas ir teisės mokslininkas – įskaitant galbūt Aukščiausiojo teismo teisėją lordą Denningą – išties mano, jog teisėjai turėtų būti politiškesni, negu rekomenduoja tradicinė pažiūra. Tačiau tai yra išties veikiau ekscentriškas (kai kurie sakytų – pavojingas) mažumos požiūris.

Profesinė opinija dėl politinio teisėjų vaidmens Jungtinėse Valstijose yra labiau susiskaldžiusi. Didelis būrys akademinių teisininkų ir teisę studijuojančiųjų ir netgi kai kurie teisėjai prestižiniuose teismuose laikosi nuomonės, jog teisėjų sprendimai neišvengiamai yra politiniai ir tai yra gerai. Jie turi galvoje ne tik didžiuosius konstitucinius Aukščiausiojo teismo sprendimus, bet ir paprastus civilinius valstybės teismų sprendimus, plėtojančius bendrąją sutarčių teisę bei delikto ir komercinę teisę. Jie mano, jog teisėjai veikia ir turėtų veikti kaip įstatymų leidėjai, tačiau tik užpildydami tai, ką jie vadina sprendimų, jau priimtų legislatūros, „spragomis“. Ši pažiūra nėra vieningai pripažįstama net rafinuotų Amerikos teisėjų, taip pat šios pažiūros nėra visiškai pripažinusi plačioji visuomenė. Priešingai, kartais politikai, siekdami būti išrinkti, žada suvaržyti teisėjus, esą neteisingai pasisavinusius politinę valdžią. Tačiau šiandien politinę jurisprudenciją pripažįsta daug didesnė dalis visuomenės, negu pripažino, tarkime, prieš dvidešimt penkerius metus.

Aš pats manau, jog šių debatų apie teisėjų politiką žodynas yra pernelyg šiurkštus ir kad tiek oficialus britų požiūris, tiek „progresyvus“ amerikiečių požiūris yra klaidingi. Šie debatai nepaiso svarbios perskyros tarp dviejų politinių argumentų rūšių, kuriais gali kliautis teisėjai, priiminėdami savo sprendimą. Tai perskyra (kurią mėginau paaiškinti ir apginti kitur) tarp politinio principo argumentų, ape-

liuojančių į individualių piliečių politines teises, ir politinės nuostatos argumentų, teigiančių, jog tam tikras sprendimas sustiprins kokios nors bendros gerovės ar viešojo intereso sampratos pozicijas.[8] Teisingas požiūris, mano įsitikinimu, yra tai, jog savo sprendinius dėl kontroversiškų bylų teisėjai grindžia ir turi grįsti politinio principo argumentais, o ne politinės nuostatos argumentais. Taigi mano požiūris yra labiau varžantis negu progresyvus amerikiečių požiūris, tačiau ne toks varžantis kaip oficialusis britų požiūris.

Antras klausimas, kurį keliu šioje esė, yra, bent jau iš pirmo žvilgsnio, ne toks praktinis. Kas yra teisės viešpatavimas? Teisininkai (ir beveik visi kiti) mano, jog esama savarankiško ir svarbaus politinio idealo, vadinamo įstatymo valdžia. Tačiau jie nesutaria dėl to, koks yra tas idealas. Iš tikrųjų esama dviejų labai skirtingų įstatymo valdžios sampratų, iš kurių kiekviena turi savo šalininkų. Pirmąją aš vadinsiu „normų kodekso" (*rule-book*) koncepcija. Pagal ją valstybės galia, kiek įmanoma, niekuomet neturėtų būti naudojama prieš individualius piliečius kitaip, nei reikalauja normos, detaliai išdėstytos viešame normų kodekse, prieinamame visiems. Valdžia, lygiai taip pat kaip eiliniai piliečiai, privalo laikytis šių viešų žaidimo taisyklių, kol jos pakeičiamos laikantis kitų normų, nustatančių, kaip jos turi būti keičiamos, – normų, kurios taip pat yra išdėstytos kodekse. Normų kodekso koncepcija viena prasme yra labai siaura, mat ji nekelia jokių turinio reikalavimų normoms, kurios gali būti sudėtos į normų kodeksą. Ji tik reikalauja, kad normų, sudėtų į kodeksą, turi būti laikomasi, kol jos pakeičiamos. Tiems, kurie laikosi šios teisės viešpatavimo koncepcijos, visgi rūpi normų, esančių kodekse, turinys, tačiau jie sako, jog tai – substantyvaus teisingumo dalykas ir kad substantyvus teisingumas yra nepriklausomas idealas, jokia prasme neįeinantis į teisės valdžios idealą.

Antrą teisės viešpatavimo koncepciją vadinsiu „teisių" koncepcija. Ji yra keletu atžvilgiu ambicingesnė už normų kodekso koncepciją. Anot jos piliečiai turi moralines teises ir pareigas vienas kito atžvilgiu ir politines teises valstybės kaip visumos atžvilgiu. Ji reikalauja, kad šios moralinės ir politinės teisės būtų pripažįstamos pozityvioje

teisėje, kad *individualiems piliečiams pareikalavus,* jas būtų galima įgyvendinti per teismus ar kitas teismines įprasto tipo institucijas tiek, kiek tai yra praktiškai įmanoma. Pagal šią koncepciją, teisės viešpatavimas yra reguliavimo besilaikantis tikslios viešos individualių teisių koncepcijos idealas. Ji nedaro perskyros – kaip normų kodekso koncepcija – tarp teisės viešpatavimo ir esminio teisingumo; priešingai – reikalauja, kaip to, kas įeina į teisės idealą, kad normų kodekso normos apimtų ir suteiktų galią moralinėms teisėms.

Tai sudėtingas idealas. Normų kodekso koncepcija, aiškinanti teisės viešpatavimą, žino tik vieną dimensiją, kurios politinė bendruomenė galėtų netenkinti. Ji galėtų savo policijos galią individualių piliečių atžvilgiu naudoti kitaip, negu apibrėžia normų kodeksas. Tuo tarpu teisių koncepcija turi mažiausiai tris nepatenkinamumo dimensijas. Valstybė gali neužtikrinti viso individualių teisių, kurias ji pretenduoja įgyvendinti, masto. Pavyzdžiui, ji gali vengti įgyvendinti piliečių teises jos pačios atžvilgiu, nors pripažįsta, jog piliečiai turi tokias teises. Ji galėtų nepreciziškai identifikuoti teises, kurias pripažįsta; ji galėtų numatyti teises valstybės atžvilgiu, tačiau, valdininkų neteisingai traktuojamos, tos svarbios teisės galėtų likti nepripažintos. Arba jos teisių įgyvendinimas galėtų būti *neteisingas:* valstybės pripažįstamų teisių užtikrinimo procese galėtų būti priimtos normos, kurios blogina vargingųjų arba kokios nors deprivilegijuotos rasės padėtį.

Tad teisių koncepcija yra sudėtingesnė negu normų kodekso koncepcija. Esama ir kitų svarbių kontrastų tarp šių dviejų koncepcijų; kai kuriuos iš jų galima identifikuoti atsižvelgiant į kiekvienos jų skirtingą vietą bendrojoje teisingumo teorijoje. Nors tos dvi koncepcijos konkuruoja kaip teisinio proceso idealai (nes, kaip matysime, jos rekomenduoja skirtingas bylų sprendimo teorijas), jos vis dėlto yra suderinamos kaip bendresni teisingos visuomenės idealai. Bet kokia politinė bendruomenė yra geresnė, jeigu – visiems kitiems aspektams sutampant – jos teismai nesiima jokių kitokių veiksmų, išskyrus tuos, kuriuos apibrėžia normos, paskelbtos iš anksto, ir geresnė, visiems kitiems aspektams sutampant, jeigu jos teisinės instituci-

jos įgyvendina tas teises, kurias turi individualūs piliečiai. Tačiau net kaip bendri politiniai idealai tos dvi koncepcijos skiriasi štai kuo. Koks nors aukštas normų kodekso koncepcijos atitikimo laipsnis atrodo būtinas teisingai visuomenei. Bet kokia valdžia, kurios veiksmai prieštarauja jos pačios normų kodeksui labai dažnai – bent jau dalykuose, kurie yra svarbūs atskiriems piliečiams, – negali būti teisinga, kad ir kokios išmintingos ar teisingos šiaip yra jos institucijos. Tačiau akivaizdu, jog normų kodekso atitikimo nepakanka teisingumui įgyvendinti; visiškas atitikimas lems labai didelį neteisingumą, jeigu normos yra neteisingos. Teisių koncepcijos atveju yra priešingai. Visuomenė, kuri pasiekia gerų rodiklių pagal kiekvieną iš teisių koncepcijos dimensijų, yra beveik garantuotai teisinga visuomenė, nors ji ir gali būti prastai valdoma arba stokoti kitų pageidaujamos visuomenės savybių. Tačiau bent jau paplitusi nuomonė yra ta, jog teisių koncepcija nėra būtina teisingai visuomenei, nes ji nėra būtina siekiant, kad piliečių teisės būtų saugomos, kad piliečiai būtų pajėgūs kaip individai reikalauti šias teises ginti teisme ir įgyvendinti. Teisingų ir išmintingų pareigūnų valdžia teises apgins (anot šio argumento) savo pačios iniciatyva, be proceso, įgalinančio piliečius, kaip individus, diskutuoti, kokios yra šios teisės. Išties teisės viešpatavimą aiškinanti teisių koncepcija, tvirtinanti tos galimybės svarbą, dažnai atmetama kaip legalistinė, kaip skatinanti siauru matymu besiremiantį ir savanaudišką rūpinimąsi individualia nuosavybe ir jos įforminimu.

Šios dvi koncepcijos taip pat skiriasi tuo, ką būtų galima pavadinti jų filosofiniu neutralumu, atžvilgiu. Teisių koncepcija atrodo pažeidžiamesnė filosofinių prieštaravimų atžvilgiu. Ji taria, jog piliečiai turi moralines teises – t. y. kitas, pirmesnes už tas, kurias suteikia pozityvus teisės aktas, – tad visuomenė gali būti prasmingai kritikuojama nurodant, jog jos teisės aktai nepripažįsta teisių, kurias turi žmonės. Tačiau daug filosofų abejoja, jog žmonės turi kokias nors teises, kurias jiems suteikia ne teisės aktai ar kiti oficialūs sprendimai; arba netgi – kad tokių teisių idėja yra prasminga. Būtent, jie abejoja, jog prasminga sakyti, kad žmonės turi moralines teises, kai

bendruomenėje yra ginčijamasi (kaip dažnai būna – tai turi pripažinti teisių koncepcija), kokias moralines teises jie turi. Kitaip tariant, teisių koncepcija turi tarti, jog valstybė gali nepreciziškai identifikuoti teises, net kai tai, ar ji iš tiesų jas identifikuoja nepreciziškai, yra kontroversiška; tačiau būtent tokios nuostatos prasmingumu abejoja filosofai. Tad teisių koncepcija atrodo nusipelniusi prieštaravimo, jog ji laiko galimu filosofinį požiūrį, kuris pats yra kontroversiškas ir dėl to nebus pripažįstamas visų bendruomenės narių.

Paskutinis skirtumas, kurį paminėsiu, susies du šioje esė svarstomus klausimus. Mat šios dvi įstatymo valdžios koncepcijos teikia labai skirtingas rekomendacijas, atsakančias į klausimą, ar teisėjai turėtų daryti politinius sprendimus sunkiosiose bylose, – t. y. bylose, kuriose jokia aiški normų kodekso norma tvirtai neišsprendžia vienaip arba antraip. Nors abi tos koncepcijos, kaip bendri politiniai idealai, gali turėti savo vietą išsamioje politinėje teorijoje, be galo svarbu ir lemiama, kuri yra laikoma *teisės* (*law*) idealu, nes būtent šis idealas valdo mūsų pažiūras į bylų sprendimą. Normų kodekso koncepcija teikia ir negatyvią, ir pozityvią rekomendaciją sunkiųjų bylų klausimu. Ji argumentuoja – pozityviai, – jog teisėjai sunkiąsias bylas turėtų spręsti mėgindami nustatyti, kas „iš tikrųjų" yra normų kodekse, viena ar kita to teiginio prasme. Ji argumentuoja – negatyviai, – jog teisėjai turėtų tokių bylų niekuomet nespręsti savo pačių politinio vertinimo pagrindu, nes politinis sprendimas yra sprendimas ne dėl to, kas yra – bet kuria prasme – normų kodekse, bet veikiau sprendimas dėl to, kas ten turi būti. Normų kodekso koncepcija remia konvencinį britų požiūrį politiškų teisėjų klausimu.

Dabar turiu stabtelėti, kad paaiškinčiau idėją, kurią pasitelkia ši pozityvi rekomendacija: idėją, jog sunkiojoje byloje yra prasminga klausti, kas „iš tikrųjų" yra normų kodekse. Modernioje teisinėje sistemoje sunkieji atvejai paprastai iškyla ne dėl to, kad normų kodekse nėra nieko, kas tiktų tam ginčui išspręsti, o dėl to, kad normos, kurios yra kodekse, byloja netvirtu balsu. Pavyzdžiui, *Charter byla* buvo sunkioji byla, nes buvo neaišku, ar norma, kurią Parlamentas įtraukė į normų kodeksą, – norma, jog organizacijos, kurios

aptarnauja „tam tikrą visuomenės sektorių“, turi nevykdyti diskriminacijos, – draudžia politiniam klubui nepriimti juodaodžių. Šia prasme yra „neaišku“, ką normų kodeksas iš tiesų, deramai suprantant, numato. Teisininkas, kalbantis šiuo būdu, normų kodeksą traktuoja kaip mėginimą perteikti intenciją ir taria, jog neaiškią normą galima geriau suprasti taikant metodus, kuriuos naudojame geriau suprasti kitų rūšių komunikaciją.

Skirtingos normų kodeksą išpažįstančių teisininkų kartos – ir skirtingi kiekvienos iš kartų teisininkai – gina skirtingus metodus šiam tikslui siekti. Kai kurie pirmenybę atiduoda semantiniams klausimams. Jie argumentuoja štai kaip. „Kai legislatūra leidžia normą, ji pavartoja tam tikrus žodžius, ir šių žodžių reikšmė fiksuoja, kokias normas ji išleido. Taigi bet kokia teorija, aiškinanti frazės „visuomenės dalis“ reikšmę, yra teorija, apibrėžianti Rasinių santykių aktą. Todėl normų kodekso koncepcija kreipia teisėjų pastangas semantinių teorijų konstravimo linkme. Jie turėtų, pavyzdžiui, klausti, kokia reikšmė būtų priskiriama frazei „visuomenės sluoksnis“ panašiame kontekste kasdieniame diskurse. Arba – kokia yra pati natūraliausia kurio nors tos frazės komponento reikšmė, pavyzdžiui, žodžio „visuomenė“. Arba – ką panašias frazes manyta reiškiant kituose įstatymuose. Suprantama, skirtingi teisėjai pateiks skirtingus atsakymus į šiuos semantinius klausimus; nė vienas atsakymas nebus toks akivaizdžiai teisingas, kad kiekvienas ir visi sutiktų. Vis dėlto kiekvienas teisėjas, siekdamas nenusižengti sąžinei, mėgins vadovautis normų kodekso koncepcijos teikiamo teisės viešpatavimo idealu, nes mėgins, vadovaudamasis sąžine, nustatyti, ką iš tikrųjų reiškia normų kodekso žodžiai.“

Šie semantiniai klausimai yra labai populiarūs Britanijoje. Jungtinėse Valstijose dabar populiaresni kito klausimų komplekso – grupės psichologijos (*group-psychological*) klausimai. Tie, kurie į pirmą planą kelia grupės psichologijos, o ne semantinius klausimus, reikalo esme laiko sprendimus, o ne žodžius. „Kodėl tos konkrečios normos, kurias išleidžia legislatūra (o ne, pavyzdžiui, normos, kurioms pirmenybę teikia teisės profesoriai), yra normos, sudarančios teisės

normų kodeksą? Todėl, kad teisės leidėjams bendruomenė kaip visuma suteikė autoritetą *nuspręsti,* kurios normos turi reguliuoti gyvenimą. Žodžiai, kuriuos jie pasirenka, paprastai yra geriausias liudijimas to, ką jie nusprendė, nes visuomet tikima, jog įstatymų leidėjai žodžius savo sprendimams perteikti vartoja jų įprasta reikšme. Tačiau jeigu pavartotieji žodžiai dėl kokios nors priežasties vienareikšmiškai neperteikia tam tikro sprendimo, tai reikia atsigręžti į bet kuriuos kitus, kokius tik galime rasti, esamus liudijimus, patvirtinančius tai, ką jie norėjo padaryti. Ar įstatymų leidėjai – arba kuri nors svarbi jų grupė – manė, jog jų Rasinių santykių aktas galios politiniams klubams, taigi draus rasinę diskriminaciją juose? Jeigu jie taip manė, tai Aktas reprezentuoja tą sprendimą, ir būtent šis sprendimas yra įtvirtintas normų kodekse, deramai suprantant. Tačiau jeigu jie manė, jog Aktas negalios politiniams klubams, tuomet normų kodeksas, deramai suprantant, fiksuoja būtent šį sprendimą."

Kartoju: čia nedaroma prielaida, jog visi supratingi teisininkai sutars dėl to, kokia buvo įstatymų leidėjų intencija. Priešingai, normų kodekso modelio gynėjai žino, jog net įgudę teisininkai nesutars dėl legislatyvinės intencijos, išvestos iš tos pačios faktinės medžiagos, implikacijų. Vis dėlto jie tvirtina, jog intencijos klausimas yra reikalingas klausimas, nes kiekvienas teisėjas, kuris jį kelią, bent jau pagal išgales stengiasi laikytis normų kodekso modelio, taigi (pagal šią koncepciją) tarnauti įstatymo valdžiai.

Semantiniai ir psichologiniai klausimai, kuriuos teikia šios skirtingos grupės, yra istoriniai, o ne politiniai. Pastaruoju metu išpopuliarėjo trečia (įmantresnių) istorinių klausimų grupė. „Tarkime, jog sunkiosios bylos negalima išspręsti semantiniais pagrindais. Galbūt frazė „visuomenės sluoksnis" išties galėtų būti vienodai deramai pavartota tiek apimti asociacijoms, tokioms kaip politiniai klubai, tiek ir jų neįtraukti į įstatymo apimtį. Tarkime, jog šito neįmanoma nuspręsti klausiant, ką tą įstatymą išleidę įstatymų leidėjai ketino tuo aktu padaryti. Netgi gali būti, kad tik labai nedaug įstatymų leidėjų apskritai buvo susimąstę apie tai, ar politiniai klubai turėtų būti apimami įsatymo. Tuomet turime iškelti klausimą, kuris skiriasi tiek

nuo semantinio, tiek nuo psichologinio klausimo, – būtent klausimą, ką legislatūra būtų nusprendusi, jeigu, kitaip nei atsitiko faktiškai, ji *būtų* sprendusi, ar klubai turi įeiti į įstatymo apimtį?" Teisininkai, norintys atsakyti į šį kontrafaktinį klausimą, galėtų, pavyzdžiui, atsižvelgti į kitus sprendimus, kuriuos tie patys įstatymų leidėjai priėmė kitose teisės srityse. Arba jie galėtų pažvelgti plačiau, kad apibendrintų, koks įstatymų leidybos modelis reguliuojant rasinius santykius arba asociacijos laisvę vyravo pastaraisiais metais. Šią liudijamąją medžiagą jie galėtų panaudoti, pavyzdžiui, argumentuodami, jog jeigu Parlamentas dėl kokios nors priežasties būtų buvęs priverstas svarstyti klauzulę, tiksliai pritaikančią tuos aktus politiniams klubams, jis būtų patvirtinęs tą klauzulę.

Šio kontrafaktinio istorinio klausimo atveju dar akivaizdžiau negu semantinio ar psichologinio klausimo atveju matyti, jog supratingi teisininkai nesutars dėl išvadų, išvestinų iš tos pačios liudijamosios medžiagos. Tačiau čia ir vėl galima pakartoti, jog, anot normų kodekso koncepcijos, geriau mėginti atsakyti į šį klausimą, nors ir nesutariant, negu kelti kitokį – politinį klausimą, dėl kurio jie garantuotai nesutars, – klausimą, ką Parlamentas būtų turėjęs padaryti. Mat kontrafaktinis klausimas, taip pat kaip semantiniai ir psichologiniai klausimai, bet kitaip nei politinis klausimas, yra grindžiamas teorija, kuri remia bei aiškina ir pačią normų kodekso koncepciją. Pagal šią teoriją, mes vadovaujamės normų kodeksu, nes politinei institucijai priskiriame atsakomybę ir galią spręsti, kaip bus naudojama policinė valstybės galia. Jeigu kokia nors proga ta institucija iš tikrųjų nepriėmė sprendimo tuo klausimu (nes nesuvokė, jog sprendimas buvo reikalingas), tačiau būtų nusprendusi vienaip, o ne antraip, jeigu būtų sprendusi tą klausimą, tai normų kodekso idealą labiau atitinka galios naudojimas būtent tuo būdu nei jos priešingas panaudojimas. Jeigu nė vienas iš dviejų sprendimų, kuriuos galėtų priimti teismas, nėra dokumentiškai užfiksuotas normų kodekse, teisingiau, pagal šį argumentą, yra priimti sprendimą, kuris būtų atsiradęs normų kodekse, jeigu ne istorinis atsitiktinumas.

Šis argumentas už kontrafaktinį klausimą pripažįsta, jog normos,

kuri yra taikytina, tikrajame normų kodekse nėra. Šiuo atžvilgiu kontrafaktinis klausimas skiriasi nuo semantinių ir psichologinių klausimų, iš kurių kiekvieną reikia suvokti veikiau kaip atskleidžiantį, kas yra tikrajame normų kodekse, jį „deramai suprantant". Tačiau fundamentalesniu lygmeniu šiuos trijų rūšių klausimus sieja bendras ryšys. Kiekvienas siekia išplėtoti tai, ką būtų galima pavadinti „pakoreguotu" kodeksu, kuriame sakinių rinkinys yra patobulinamas, kad būtų geriau atspindėta įvairių institucijų valia, kurių sprendimais tie sakiniai atsidūrė normų kodekse. Visi šie klausimai yra – patys savaime – politiškai neutralūs, nes siekia išsiaiškinti istorinį faktą – atsakingų įstatymų leidėjų valią, – o ne priskirti tai valiai tam tikrą šiandien aktualų politinį sprendinį. Tikra tiesa – ir tai pripažįsta, kaip sakiau, normų kodekso modelis, – jog bet kurio konkretaus teisėjo atsakymas į šiuos politiškai neutralius klausimus visai gali būti kitoks nei kito teisėjo atsakymas. Tuos skirtingus istorinius klausimus rekomenduotinus normų kodekso modeliui daro būtent jų pačių vertingumas, o ne atsakymo tikrumas ar numatomumas. Ta teisės viešpatavimo koncepcija politiniams klausimams, tokiems kaip klausimas, ką įstatymų leidėjai būtų turėję padaryti, nepritaria ne dėl to, kad į šiuos klausimus įmanomi skirtingi atsakymai, bet todėl, kad tai tiesiog neteisingi klausimai.

Tuo tarpu teisių koncepcija tvirtins, jog bent jau vienos rūšies politinis klausimas yra kaip tik tas klausimas, kurį teisėjai, susidūrę su sunkiosiomis bylomis, privalo kelti. Mat galutinis klausimas, kurį ji kelia sunkiuoju atveju, yra klausimas, ar ieškovas turi moralinę teisę teisme gauti tai, ko jis ar ji, ar jie reikalauja. Normų kodeksas yra *relevantiškas* šiam galutiniam klausimui. Demokratijoje žmonės turi bent jau stiprią *prima facie* moralinę teisę į tai, kad teismai įgyvendintų teises, kurias savo aktais yra įtvirtinusi reprezentatyvi legislatūra. Štai kodėl kai kurie atvejai yra lengvieji atvejai ir pagal teisių modelį, ir pagal normų kodekso modelį. Jeigu yra aišku, ką legislatūra jiems suteikė, tai yra aišku ir tai, į ką jie turi moralinę teisę teisme. (Šį teiginį reikėtų patikslinti demokratijos, kurios legislatyvinę galią riboja konstitucija, atveju. Taip pat jis turėtų būti patikslintas

demokratijos, kurioje įstatymai yra fundamentaliai neteisingi, atveju (nors klausimas, kaip jį reikėtų patikslinti, yra sudėtingas).

Tačiau, nors teisių modelis pripažįsta, jog normų kodeksas šia prasme yra moralinių teisių teisme šaltinis, jis neigia, kad normų kodeksas yra išskirtinis tokių teisių modelis. Todėl, jeigu iškyla koks nors atvejis, kai normų kodeksas nieko nesako, arba jeigu žodžiai normų kodekse sudaro prielaidas konkuruojančioms interpretacijoms, tuomet teisinga klausti, kuris iš dviejų galimų tos bylos sprendimų geriausiai dera su pamatinėmis moralinėmis šalių teisėmis. Mat pagal teisių modelio bylų sprendimo idealą, moralinės teisės, kurias piliečiai iš tikrųjų turi, turėtų būti – kiek tai praktiškai įmanoma – jiems pasiekiamos teisme. Taigi to idealo požiūriu, sprendimas, kuris atsižvelgia į pamatines teises, bus pranašesnis už sprendimą, kuris vietoj to spekuliuoja, pavyzdžiui, apie tai, ką įstatymų leidėjai būtų padarę, jeigu jie būtų ką nors padarę.

Tačiau svarbu pažymėti, jog normų kodeksas ir teisių modelyje išlieka svarbus klausimui, kokias teises šalys turi, net ir kai pamatinės moralinės teisės yra svarbiausias veiksnys.[9] Teisėjas, kuris vadovaujasi teisių koncepcija, aiškinančia įstatymų valdžią, sunkiojoje byloje mėgins suformuluoti kokį nors principą, kuris jam atrodo suvokiąs – deramu abstrakcijos lygmeniu – moralines šalių teises, susijusias su klausimais, suponuojamais tos bylos. Tačiau jis negali taikyti to principo, jeigu, kaip principas, jis nedera su normų kodeksu – štai kokia prasme. Principas privalo nekonfliktuoti su kitais principais, kuriuos reikia turėti kaip prielaidą, kad būtų galima pateisinti normą, kurią jis įgyvendina, arba su bet kuria reikšminga kitų normų dalimi. Tarkime, jog pats teisėjas yra palankus tam, ką galima būtų pavadinti radikaliu krikščionišku principu: jog kiekvienas pilietis turi moralinę teisę į tai, kad tie, kurie yra labiau pasiturintys už jį, padarytų jam prieinamą turto perteklių. Galbūt jis panorėtų šį principą taikyti sunkiosioms delikto ar sutarties teisės byloms, kad atmestų pretenzijas į nuostolių atlyginimo išieškojimą iš vargingo atsakovo tuo pagrindu, jog už jį turtingesnio ieškovo teisė į kompensaciją turi būti supriešinama su atsakovo teise į labdarą. Tačiau jis negali

to padaryti, nes (laimei ar deja) tas principas nedera su daugybe normų, įeinančių į normų kodeksą. Kitaip tariant, neįmanoma pateikti jokio adekvataus to, kas yra normų kodekse, pateisinimo, nedarant prielaidos, kad radikalus krikščioniškas principas yra atmestinas. Teisių koncepcija taria, kad normų kodeksas reprezentuoja bendruomenės pastangas užfiksuoti moralines teises, ir reikalauja, kad bet koks principas, kuris buvo atmestas tai darant, nevaidins jokio vaidmens sprendžiant bylas.

Taigi teisėjas, besivadovaujantis teisių koncepcija, sunkiąją bylą turi spręsti neapeliuodamas į kokį nors principą, kuris yra tokia prasme nesuderinamas su jo jurisdikcijos normų kodeksu. Tačiau jis vis tiek privalo daugelį bylų spręsti remdamasis politiniais pagrindais, nes šiose bylose kiekvienas iš priešingų moralinių principų, tiesiogiai susijusių su reikalo esme, dera su normų kodeksu. Du teisėjai tokią sunkiąją bylą išspręs skirtingai, nes jie laikosi skirtingų pažiūrų dėl pamatinių moralinių piliečių teisių. Tarkime, jog byla, kurioje taikomas komerciją reguliuojantis įstatymas, reikalauja pasirinkti arba moralinį principą, teikiantį galią *caveat emptor,* arba konkuruojantį principą, pabrėžiantį moralines sutarties partnerių teises vienas kito, kaip bendro verslo projekto dalyvių, atžvilgiu. Visai galimas dalykas – dabartiniu komercinės teisės raidos etapu, – kad nei vienas, nei kitas atsakymas nėra aprašytąja prasme aiškiai nesuderinamas su britų normų kodeksu kaip visuma. Kiekvienas teisėjas, sprendžiantis šį principo klausimą, priima tokį sprendimą, kokį priima, ne dėl to, kad visų galimų alternatyvų galimybę pašalina tai, kas jau yra normų kodekse, bet dėl to, kad jis savo principą mano esant teisingą ar bent jau artimesnį teisingam negu kiti principai, kurių galimybės taip pat niekas nepašalina. Taigi jo sprendimas yra politinis sprendimas aprašytąja prasme. Ir šis politinis sprendimas yra būtent toks, kokį neatlyžtamai smerkia normų kodekso koncepcija.

Šitaip abi šios esė temos susijungia. Praktinis klausimas, ar teisėjai turėtų daryti politinius sprendimus sunkiosiose bylose, susijungia su teoriniu klausimu, kuri iš dviejų teisės viešpatavimo koncepcijų yra geresnė. Ši sąsaja yra pavojinga teisių koncepcijai, nes daugelis

žmonių yra įsitikinę, jog nėra teisinga, kai teisėjai daro politinius sprendimus, ir paskubės atmesti bet kokią teisės idealų teoriją, kuri tuos sprendimus rekomenduoja. Todėl toliau šias dvi temas, dabar sujungtas, aš nagrinėsiu klausdamas, ar įsitikinimas, jog teisėjai turi šalintis politikos, yra protingas.

ARGUMENTAS, GRINDŽIAMAS DEMOKRATIJA

Kodėl teigiama, jog teisingumas neleidžia teisėjams daryti tos rūšies politinių sprendimų, kokių, kaip sakiau, iš jų reikalauja teisių koncepcija? Vienas argumentas daugeliui iš jūsų atrodys turįs lemiamą balsą prieš politinius teisėjų sprendimus. Politiniai sprendimai, anot šio argumento, turėtų būti priimami pareigūnų, išrinktų visos bendruomenės, pareigūnų, kuriuos periodiškai galima tuo pačiu būdu pakeisti. Šis principas galioja visiems politiniams sprendimams, įskaitant sprendimą dėl to, kokias teises turi individai ir kurios iš šių teisių turėtų būti galimos įgyvendinti teisme. Teisėjai nėra renkami ar perrenkami, ir šitai yra išmintinga, nes sprendimai, kuriuos jie priima, konkrečioms byloms taikydami tokį normų kodeksą, koks jis yra, yra sprendimai, kurie neturėtų būti visuomenės kontroliuojami. Tačiau tai reiškia, jog jie neturėtų daryti nepriklausomų sprendimų dėl normų kodekso keitimo ar platesnio taikymo, nes tokie sprendimai neturėtų būti priimami *niekaip kitaip,* o tik visuomenei kontroliuojant.

Tai gerai žinomas argumentas, grindžiamas demokratija. Esama trumpo atsakymo į šį argumentą, bent jau Britanijoje. Jeigu Parlamentas, kurį išrinko žmonės, yra nepatenkintas tam tikru konkrečiu politiniu sprendimu, kurį priėmė teisėjai, tai jis gali panaikinti tą sprendimą tam tikru deramu įstatymų leidybos aktu. Deja, šis trumpas atsakymas yra per trumpas. Įstatymų leidėjų laikas yra itin negausus išteklius, kad jį būtų galima skirstyti remiantis kokiu nors politinių prioritetų suvokimu, ir visiškai galimas dalykas, kad teisėjo sprendimas būtų atšauktas, jeigu Parlamentas turėtų laiko išleisti visus įstatymus, kuriuos jis nori išleisti, tačiau nebus atšauktas dėl to, kad Parla-

mentas neturi to laiko. Kai kuriais atvejais tas trumpas atsakymas kelia ir kitą keblumą. Kai klausimas yra didelių ginčų objektas, Parlamentas gali negalėti pakeisti teisėjų sprendimo dėl praktinių politinių priežasčių, mat bet koks pakeitimas įaudrintų kurį nors galingą bendruomenės sluoksnį arba atstumtų kurias nors valdančiosios koalicijos dalis. Toks klausimas galėtų būti klausimas, ar Rasinių santykių aktas turėtų galioti tam tikrų rūšių klubams. Bet kuris sprendimas sukeltų tokią stiprią politinę opoziciją, kad Parlamentas galiausiai būtų priverstas susigyventi su teismų priimtu sprendimu.

Tad mes negalime pasitenkinti trumpu atsakymu į argumentą, grindžiamą demokratija. Tačiau tas argumentas turi ir rimtesnių trūkumų. Pirmiausia tą, jog jis taria, kad normų kodekso koncepcijos suponuojamas sunkiųjų bylų sprendimas – raginantis teisėjus kelti mano nusakytuosius istorinius, o ne politinius klausimus – prisideda prie demokratijos tokiu būdu, kuriuo teisių koncepcija jos neskatina. Jis taria, kad šie istoriniai klausimai įgalina identifikuoti sprendimus, kuriuos išrinktoji legislatūra iš tikrųjų priėmė. Tačiau jeigu įdėmiau įsižiūrėsime į tuos klausimus, įsitikinsime, jog ši prielaida nepagrįsta.

Tarkime, jog įstatymą galima interpretuoti dviem būdais, iš kurių vienas reikalauja vienokio sunkiosios bylos sprendimo, o kitas – kitokio. Pavyzdžiui, frazė „visuomenės sluoksnis" gali būti interpretuojama taip, kad įstatymas apimtų tik patogumus ar sąlygas, prieinamus kiekvienam, kuris gali juos sau leisti, o tokiu atveju įstatymas neapims politinio klubo, kuris nėra atviras kitų partijų nariams. Arba jis gali būti interpretuojamas taip, kad neapimtų tik neviešų ar namų aplinkoje vykstančių dalykų, tokių kaip privatūs renginiai, o tokiu atveju tas įstatymas apima politinį klubą. Semantiniai ir grupės psichologijos klausimai remiasi prielaida, jog Parlamentas nusprendė priimti vieną arba kitą iš šių dviejų skirtingų įstatymų; jie siekia suteikti metodus spręsti, kurį iš tų dviejų sprendimų jis (greičiausiai) bus priėmęs.

Semantiniai klausimai įgalina argumentuoti, jog jeigu svarbiausieji įstatymo žodžiai yra žodžiai, kurių labiau tikėtis galima iš to, kuris priėmė vienokį iš tų sprendimų, negu iš to, kuris priima kitokį, tai šitai yra įrodymas, liudijantis bent jau tai, jog legislatūra priėmė

tą sprendimą. Taigi jeigu žodžių „visuomenė ar visuomenės dalis" galima labiau tikėtis iš to, kuris nusprendžia neapimti politinių klubų Aktu, o ne iš to, kuris buvo nusprendęs apimti juos, tai Parlamentas greičiausiai bus priėmęs pirmąjį sprendimą. Tačiau taip samprotauti yra klaidinga. Mat nors ir prasminga teigti, jog jeigu legislatūra priėmė vieną arba kitą iš šių sprendimų, tai labiau tikėtina, kad ji priėmė tą, kurį natūraliau išreiškia jos pavartotieji žodžiai, nėra prasminga tvirtinti atvirkščiai – jog kadangi ji vartojo tuos žodžius, ji bus priėmusi vienokį arba kitokį iš šių sprendimų. Ji galėjo nepadaryti nei vieno, nei kito sprendimo. Išties tai, jog pavartotieji žodžiai dera su bet kuriuo iš galimų sprendimų, didina tikimybę, kad ji nepriėmė nė vieno iš sprendimų, jeigu nėra kokio nors nepriklausomo liudijimo, jog ji jį priėmė.

Grupės psichologijos klausimai neįgalina parūpinti tokį nepriklausomą liudijimą, išskyrus labai retus atvejus, nes strategija, kurią jie rekomenduoja, taip pat daro prielaidą, o ne įrodo, jog individai, kurių intencijos turi reikšmės, išvis turėjo kokią nors sprendimui reikšmingą intenciją. Retos išimtys yra tie atvejai, kai legislatyvinėje istorijoje yra koks nors aiškus pareiškimas, jog leidžiamasis įstatymas turi vieną, o ne kitą implikaciją, – pareiškimą, padarytą tokiomis aplinkybėmis, kad tie, kurie balsavo už įstatymą, turėjo turėti tą vieningą supratimą. Dauguma atvejų legislatyvinėje istorijoje nebus tokių aiškių liudijimų. Grupės psichologijos klausimai tuomet susitelkia į periferinius pareiškimus, padarytus legislatyvinių svarstymų metu ar legislatūros salėje arba papildomose rūpimojo įstatymo nuostatose, arba įstatymų nuostatoms artimose srityse, mėgindami parodyti, jog šie pareiškimai ar nuostatos yra nesuderinamos su įstatymo kūrėjų intencija pagal vieną neaiškios frazės interpretaciją, tačiau dera su įstatymų leidėjų intencija pagal kitą interpretaciją. Tai – ne argumentas pagrįsti teiginiui, jog pagrindiniai įstatymų leidėjai turėjo intenciją priimti tą antrą įstatymą, jeigu nedaroma prielaida, kad šie įstatymų leidėjai turėjo turėti intenciją išleisti vienokį arba kitokį įstatymą. Tačiau jie galėjo neturėti intencijos išleisti nei vieno, nei kito; ir tai, jog jie nesuformulavo savo įstatymo tokiais žodžiais,

kurie aiškiai suteiktų galią kuriai nors iš intencijų, yra labai stiprus argumentas, kad jie tos intencijos neturėjo.

Čia turime būti apdairūs, kad išvengtume spąstų. Galėtume jausti pagundą apie bet kokį konkretų įstatymų leidėją sakyti, kad jis turėjo intenciją išleisti tam tikrą įstatymą (t. y. turėjo galvoje tam tikrą žodžių, sudarančių įstatymą, už kurį jis balsuoja, interpretaciją) arba kad jis turėjo intenciją neišleisti tokio įstatymo. Jeigu taip būtų, tai liudijimas, sugestijuojantis, kad jis neturėjo intencijos išleisti įstatymą, kuris galiotų politiniams klubams, sugestijuotų, kad jis turėjo intenciją išleisti įstatymą, kuris jų neapima. Tačiau yra ne taip. Įstatymų leidėjas galėtų su dideliu entuziazmu balsuoti už įstatymą dėl to, kad žino, jog jis privers viešbučius ir restoranus atsisakyti diskriminacijos, sykiu neturėdamas nei intencijos, kad tas pats draudimas turėtų galioti pusiau viešoms institucijoms, tokioms kaip politiniai klubai, nei intencijos, kad jis neturėtų jiems galioti. Jis galėjo paprasčiausiai nesusimąstyti apie tai, ar jis turėtų joms galioti. Arba jis galėjo turėti pozityvią intenciją, tą, kad įstatymas būtų nekategoriškas tuo klausimu – klausimu, ar jis turi galioti tokioms institucijoms, – mat bet kuris sprendimas, jeigu jis aiškus, įpykdytų svarbią visuomenės dalį arba kokiu kitu atžvilgiu pasirodytų esąs nediplomatiškas.

Bet kuriuo atveju argumentas, jog su nuoseklumu būtų labiau derėjusi jo intencija neapimti politinių klubų nei intencija juos apimti, – jog ji būtų buvusi nuoseklesnė kitų šio įstatymo aspektų, už kuriuos jis balsavo, ar kitų įstatymų atžvilgiu, arba labiau derėjusi su argumentais, teiktais svarstymuose arba įstatymų leidybos institucijos salėje, – yra netaiklus. Tai gali būti argumentas dėl to, kokią intenciją jis *turėjo* turėti politinių klubų klausimu. Šis argumentas neįrodo, kad jis *turėjo* tokią intenciją, mat jis galėjo nepaisyti – arba turėti rimtą pagrindą ignoruoti – to, ko reikalavo nuoseklumas.

Toks prieštaravimas negalioja mano minėtų kontrafaktinių klausimų atveju. Jie nesiremia prielaida, jog atskiri legislatūros nariai priėmė sprendimą arba turėjo vienam arba antram sprendimui palankią intenciją. Jie pripažįsta, jog esama galimybės, kad nė vienas iš jų nė nesusimąstė apie tą svarbų dalyką. Jie klausia, ką įstatymų leidėjai būtų

nusprendę daryti ar kokią intenciją būtų turėję, jeigu, kitaip nei nutiko, jie būtų buvę priversti atkreipti dėmesį į tą dalyką. Jie tvirtina, jog šis klausimas leidžia atsakyti iš principo, nors konkrečiais atvejais gali būti sunku atskleisti, koks yra atsakymas, ir bet kurio konkretaus teisėjo atsakymas bus kontroversiškas. Tad argumentas, jog kontrafaktiniai istoriniai klausimai gerbia demokratiją, skiriasi nuo argumento, jog semantiniai ir psichologiniai klausimai gerbia demokratiją. Jis yra štai koks. „Tarkime, kad mes nusprendžiame, jog, pasvėrus visas tikimybes, yra tikėtina, kad Parlamentas būtų politinius klubus įtraukęs į įstatymą, jeigu dėl kokios nors priežasties jis būtų buvęs priverstas spręsti, ar turi juos įtraukti, ar ne. Tuomet tai, kad Parlamentas iš tikrųjų nenusprendė jų apimti, tėra atsitiktinumas. Latentinė Parlamento valia (galėtume pasakyti) yra juos apimti, ir nors latentinė valia nėra aktualizuota valia, vis dėlto demokratijos dvasiai artimesnis sprendimas yra realizuoti latentinę Parlamento valią, užuot raginus teisėjus įgyvendinti savo pačių valią šiuo klausimu."

Šis argumentas yra nevykęs – dėl keleto priežasčių. Pirma, negalima atmesti – bent jau iš anksto – argumento, jog daugelyje bylų nesama atsakymo, net iš principo, į kontrafaktinį istorinį klausimą. Filosofai nesutaria dėl to, ar būtinai yra tiesa tai, jog jeigu Parlamentas būtų buvęs priverstas balsuoti politinių klubų klausimu, jis būtų balsavęs už įsatymą, kuris juos apimtų arba nebūtų balsavęs už juos apimantį įstatymą. Tačiau atidėkime šį filosofinį mintijimą į šalį ir tarkime, jog daugelyje bylų – kiekyje, kuris yra (mažų mažiausiai) pakankamas paremti argumentui, pagrįstam demokratija, – į kontrafaktinius istorinius klausimus įmanomas teisingas atsakymas, net kai kontroversiška tai, koks yra tas teisingas atsakymas. Vis tiek bus teisinga teigti, jog apie bet kokį konkretų legislatyvinį sprendimą galima užduoti didelį skaičių *kitokių* kontrafaktinių klausimų, ir atsakymai į šiuos kitokius klausimus bus skirtingi, nes tai, ką Parlamentas būtų nusprendęs, jeigu būtų buvęs priverstas spręsti, priklausys nuo to, kokiu būdu jis buvo priverstas spręsti.

Pavyzdžiui, gali būti, kad jeigu Parlamento narys, rengęs pirmąjį įstatymo projektą, į jį būtų įterpęs klauzulę, į įstatymo apimtį įtrau-

kiančią politinius klubus, ta klauzulė galėtų išlikti dėl to, kad nebūtų buvęs pasiūlytas joks pakeitimas, kuris būtų sulaukęs palaikymo; tačiau tiesa ir tai, jog jeigu įstatymo projekto autorius būtų įtraukęs klauzulę, įtvirtinančią tai, jog įstatymas neapima politinių klubų, tai ir ši klauzulė būtų išlikusi dėl to, kad nebūtų buvęs pasiūlytas joks pakeitimas, kuris būtų palaikytas. Kokia tuomet yra latentinė Parlamento valia – jeigu tariame, jog nei viena, nei kita klauzulė iš tikro nebuvo įterpta į įstatymą jokiu etapu? Kontrafaktinis metodas negali būti veiksmingas, jeigu jis nereikalauja kokios nors kontrafaktinio klausimo kanoninės formos. Tačiau kodėl turėtų viena klausimo forma – viena hipotezė dėl sąlygų, kuriomis Parlamentas būtų buvęs priverstas spręsti tam tikrą klausimą, – būti pranašesnė negu kita demokratija pagrįsto argumento požiūriu?

Galimas ir kitoks prieštaravimas. Jokia kanoninė kontrafaktinio klausimo forma, kuri daro tą klausimą tikrai istorinį, nebūtų teisininkams ir teisėjams priimtina praktiškai. Mat nors kontrafaktiniai klausimai yra įgiję savo vietą teisinėje praktikoje, jie naudojami kaip politiniai, o ne kaip istoriniai klausimai. Jeigu šie klausimai iš tikrųjų būtų istoriniai, atsakymus į juos teisininkai atmestų kaip nerelevantiškus bylų sprendimui. Apsvarstykime štai kokią (arbitralią) kontrafaktinio klausimo formą: tarkime, jog prieš pat galutinį Rasinių santykių akto svarstymą vienas Kabineto narys įtikino savo kolegas, jog Aktas privalo išreikšti poziciją, vienokią arba kitokią, politinių klubų klausimu, ir kad vėliau Parlamentas galiausiai išreiškė poziciją šiuo klausimu. Kokią poziciją jis būtų užėmęs? Jeigu šis klausimas būtų pateiktas istorikui, jis atmestų bet kokius *a priori* suvaržymus, taikomus įrodomajai medžiagai, kuri būtų svarbi ieškant atsakymo. Tarkime, kad jis atskleidžia, jog tuometis ministras parašė laišką savo meilužei apie politinius klubus, aprašydamas ypatingą vieno ar kito iš jo kolegų neatsparumą spaudimui iš tokių klubų pusės. Tarkime, jog istorikas nustato, kad partija buvo užsakiusi slaptą politinę apklausą visuomenės požiūriui į šį ar kitą dalyką ištirti. Jis pareikalautų jam parodyti tą laišką arba tos apklausos rezultatus, jeigu tai iš viso įmanoma, ir, jeigu jį lydėtų pakankama sėkmė ir jis gautų, ko prašo, jis tvirtintų, jog šie dalykai turi

lemiamą reikšmę atsakant į istorinį kotrafaktinį klausimą, kuris jam buvo užduotas. Jis būtų teisus, jeigu klausimas iš tikrųjų būtų istorinis, mat tikimybė, jog Kabinetas būtų pasiūlęs įtraukti į įstatymą politinius klubus, jeigu kuris nors narys būtų buvęs pažeidžiamas spaudimų atžvilgiu arba jeigu visuomenė griežtai oponuotų jų įtraukimui į įstatymą, būtų mažesnė.

Tačiau teisėjui, keliančiam klausimą, ką būtų daręs Parlamentas, jeigu būtų skyręs dėmesio politinių klubų problemai, visiškai nerūpi laiškai meilužėms ar slaptos politinės apklausos. Jo argumentas yra ne tas, kad Parlamentas iš tikrųjų būtų priėmęs šį sprendimą, jeigu apskritai būtų priiminėjęs sprendimą tuo klausimu, o tas, kad Parlamentas būtų priėmęs tą sprendimą, jeigu būtų veikęs taip, kad būtų nuoseklus kokio nors prisiimto pateisinimo to, ką jis yra padaręs, atžvilgiu. Tai visai kas kita, ir istorija su tuo turi mažai ką bendra. Argumentas, kurį sukonstravau kontrafaktiniam klausimui paremti, tvirtino, jog jeigu Pralamentas būtų įtraukęs į įstatymą politinius klubus tuo atveju, jei būtų buvęs priverstas apsispręsti, tai demokratijos požiūriu tėra atsitiktinumas, jog politiniai klubai nėra aiškiai įtraukti į įstatymą. Tačiau iš kitokio teiginio – teiginio, jog Parlamentas nuoseklumo sumetimais būtų turėjęs įtraukti į įstatymą klubus, negalima daryti išvados, kad tik dėl atsitiktinumo jis jų aiškiai neįtraukė. Tarkime, kad teisinga sakyti, jog Parlamentas iš tiesų turėjo juos įtraukti į įstatymą nuoseklumo sumetimais, tačiau tiesa ir tai, kad dėl politinių priežasčių jis *iš tikrųjų* būtų juos pašalinęs iš įstatymo, jeigu jis būtų išvis ką nors daręs. Tuomet tariamoji demokratijos teorija, anot kurios sprendimus politiniais klausimais turėtų priimti Parlamentas, vargu ar teikia argumentą, kad politiniai klubai turėtų būti įtraukti į įstatymą.

Tačiau dabar būtų galima sakyti, kad įmanoma kitokia demokratijos teorija, kuri iš tiesų daro aktualų klausimą, ką būtų turėjęs padaryti Parlamentas, nenusižengdamas nuoseklumui. Žmonių renkama legislatūra daro ši tą daugiau (anot šios teorijos) nei tik išleidžia tam tikras nuostatas, kurios sudaro įstatymų kodeksus. Ji nustato bendras politines nuostatas, kurių privalo laikytis valstybė, ir bendrus principus, kuriuos ji turi gerbti. Jeigu sunkiojoje byloje vienas sprendimas

savaimingiau kyla iš principų, kuriems, leisdama įstatymą, tarnavo legislatūra, tai teisėjai turėtų priimti tą sprendimą, net jeigu teisinga teigti, jog, sprendžiant pagal istorinį faktą, pati legislatūra būtų priėmusi kitą sprendimą, jeigu apskritai būtų priiminėjusi kokį nors sprendimą tuo klausimu. Legislatūra, išleisdama aktą, įgyvendina tą aktą pateisinančius principus. Demokratijos dvasiai tarnaujama gerbiant tuos principus. Jai netarnaujama spekuliuojant, ar pati legislatūra kokia nors konkrečia proga būtų likusi jiems ištikima.

Šio argumento intencija yra apginti kontrafaktinius klausimus, naudojamus praktiškai. Jis pripažįsta, kad šie klausimai yra vertinamieji, bent jau aprašytąja prasme, o ne tik istoriniai, bet teigia, kad klausimai, kurie yra ta prasme vertinamieji, tarnauja demokratijai. Panašų argumentą turbūt galima pateikti pateisinti grupės psichologijos klausimams. Būtų galima sakyti, jog šie klausimai iš tikrųjų nesuponuoja, jog individualūs įstatymų leidėjai turi intenciją, kad įstatymas būtų interpretuojamas vienaip, o ne kitaip. Jie klausia, kokius principus būtų manoma įtvirtinus įstatymų leidėją, kuris balsavo už įstatymą, – kad sprendimas sunkiojoje byloje galėtų būti reguliuojamas tų principų. Jeigu grupės psichologijos klausimai suprantami ir ginami šiuo būdu, tai jie galiausiai nesiskiria nuo kontrafaktinių klausimų. Kai teisėjas klausia, ką įstatymų leidėjai turėjo būti sumanę įgyvendinti, jo intencija yra paklausti, kokios politinės nuostatos ar principai natūraliausiai dera su įstatymu, kurį jie patvirtino. Kai jis klausia, ką jie būtų darę, jei iš jų būtų buvę pareikalauta atsakyti į tam tikrą jam tekusį klausimą, jo intencija yra paklausti, koks atsakymas kyla iš politinių nuostatų ir principų, kurie natūraliausiai dera su jų patvirtintu įstatymu. Nei vienas, nei kitas klausimas nėra iš tikrųjų psichologinis ar istorinis; jie klausia apie tą patį pamatinį dalyką, vienu atveju – su psichologijos kauke, kitu – su istorijos kauke.

Tačiau jeigu psichologiniai ir kontrafaktiniai klausimai yra suprantami šiuo būdu, nebeatrodo įtikinama tarti, jog teisėjas, kuris kelia šiuos klausimus, kad išspręstų sunkiąją bylą, nedaro politinio sprendimo. Mat vertinimai, kurių šie klausimai, taip suprantant, reikalauja, savo pobūdžiu nesiskiria nuo vertinimų, rekomenduojamų

teisių koncepcijos, aiškinančios teisės viešpatavimą. Jeigu tik vienas principų kompleksas yra suderinamas su įstatymu, tai teisėjas, besivadovaujantis teisių samprata, turės taikyti šiuos principus. Jeigu su juo dera daugiau negu vienas principų kompleksas, klausimas, kuri interpretacija „natūraliau" kyla iš įstatymo kaip visumos, reikalauja pasirinkti tokį įstatymo apibūdinimo būdą, kuris atspindėtų paties teisėjo politinę moralę. Štai yra šaltinis priekaišto, kurį minėjau pačioje šios esė pradžioje, būtent, jog britų teisėjai iš tikrųjų daro politinius sprendimus pagal savo pačių supratimą, kurie užmaskuojami kaip sprendiniai apie legislatyvines intencijas ar istoriją. Tai tiesa; tačiau įtaigauti, kad čia esama veidmainystės, didžiąja dalimi neteisinga. Jeigu psichologiniai ar kontrafaktiniai klausimai yra pateikiami kaip autentiški istoriniai klausimai, tai jie neužtikrins jokių naudingų atsakymų. Kad jie būtų naudingi, juos reikia suprasti kaip klausimus, reikalaujančius tokio politinio sprendimo, kurio praktinėje plotmėje jie reikalauja iš juos naudojančių teisėjų. Teisėjai gali nepripažinti šių sprendinių, tačiau tai yra vengimas pripažinti, o ne integralumo stoka.

TEISĖS IR DEMOKRATIJA

Taigi argumentas, grindžiamas demokratija, neteikia argumento normų kodekso koncepcijos, aiškinančios bylų sprendimą, naudai. Iki šiol aš nekvestionavau pamatinės to argumento prielaidos – jog demokratija pažeidžiama, jei politinio principo dalykus sprendžia teismai, o ne išrinkti pareigūnai. Dabar turime paklausti, ar ši prielaida yra protinga. Ar pagal kokią nors įtikinamą demokratijos teoriją principo dalykų (kaip skirtingų nuo politinės nuostatos dalykų) sprendimas teisme yra demokratijos pažeidimas?

Argumentas, jog tai yra pažeidimas, taria, kad galiausiai geriausias būdas spręsti klausimus apie teises, kurias individualūs piliečiai turi vienas kito atžvilgiu ir visuomenės kaip visumos atžvilgiu, yra legislatūros, kurią išrinko visuomenės dauguma, sprendimas. Tačiau tai gali būti grindžiama dviem skirtingų rūšių priežastimis arba kokia nors tų dviejų priežasčių kombinacija. Įstatymų leidyba galėtų

būti adekvatesnė procedūra spręsti, kokios yra žmonių teisės, negu alternatyvios procedūros, arba ji galėtų būti geresnė procedūra dėl kitų – ne atitikimo – priežasčių. Kitose institucijų teorijose mes remiamės – tam tikru mastu – abiem pateisinimų rūšimis, kaip antai teorijoje, kad prisiekusiųjų teismas yra geras metodinis kelias tikrinti kaltinimams dėl nusikaltimo. Mes manome, jog prisiekusiųjų teismas yra pakankamai tikslus metodas, tačiau taip pat manome, kad šis metodas geras dėl kitų, ne atitikimo, priežasčių.

Todėl turime dviem aspektais apsvarstyti demokratija grindžiamą argumentą kaip strategiją spręsti klausimus dėl teisių. Pirma, ar esama institucinių priežasčių, dėl kurių būtų tikėtina, jog legislatyvinis sprendimas dėl teisių yra tikslesnis nei teisėjo sprendimas? Tikslumo klausimą sunku spręsti abstrakčiai, t. y. atsietai nuo kokios nors konkrečios teisių teorijos. Tačiau negaliu įsivaizduoti, kokį argumentą būtų galima manyti parodant, jog legislatyviniai sprendimai dėl teisių dėl savo pačios prigimties yra tokie, iš kurių galima tikėtis daugiau teisingumo nei iš teisėjų sprendimų. Akivaizdu, kad pagal bet kokią teisių teoriją, sprendimai apie teises yra geresni, jei yra pagrįsti didesniu, o ne mažesniu kiekiu informacijos apie įvairius faktus. Tačiau man nėra žinoma jokia priežastis, dėl kurios yra labiau tikėtina, jog būtent įstatymų leidėjas turės tikslias pažiūras į tos rūšies faktus, kurie, pagal bet kokią įtikinamą teisių koncepciją, būtų svarbūs nustatant, kokios yra žmonių teisės. Be to, pagal bet kokią įtikinamą teisių teoriją, yra tikėtina, jog spekuliatyvaus nuoseklumo klausimai – klausimai, kuriais teisių teorija testuojama įsivaizduojant aplinkybes, kuriomis ta teorija produkuotų nepriimtinus rezultatus, – bus svarbūs argumentuojant apie konkrečias teises, nes jokia teisės pretenzija nėra pagrįsta, jeigu ji negali išlaikyti hipotetinio kontrpavyzdžio testo. Tačiau teisės teiginio nuoseklumo tikrinimo metodus yra kur kas labiau išsiugdę teisėjai, o ne įstatymų leidėjai ar didžiuma piliečių, renkančių įstatymų leidėjus.

Be to, kai kuriais atvejais visuomenė, renkanti įstatymų leidėjus, galiausiai bus viena iš šalių ginče, ar kas nors turi teisę į ką nors, nes tam tikro visuomenės sluoksnio interesai prieštaraus konkrečios teisės

pripažinimui. Šitaip paprastai būna tuo atveju, kai ginčas vyksta politiškai delikačioje srityje, tokioje kaip rasinių santykių sritis. Politiškai įtakingos grupės gali teikti pirmenybę tam, kad politiniai klubai vykdytų diskriminaciją, ir jokia kita jėga, išskyrus pačią politiškai bejėgę mažumą, negali būti atsvara ir negali daug pagelbėti. Būtų neteisinga tarti, jog tokiomis aplinkybėmis įstatymų leidėjai stokos nepriklausomo sprendimo galios identifikuoti rūpimąją teisę arba ryžto ją įgyvendinti. Tačiau vis tiek teisinga sakyti, kad tokiais atvejais įstatymų leidėjai gali patirti tokį spaudimą, kokio teisėjai nepatiria, ir šitai turi būti laikoma priežastimi tarti, jog, bent jau tokiais atvejais, labiau tikėtina, kad teisėjai, o ne įstatymų leidėjai, pasieks protingas išvadas dėl teisių. Aš dabar teigiu tik tai, jog institucinė įstatymų leidėjų padėtis nėra palankesnė nei teisėjų spręsti teisių klausimus. Kas nors galėtų paprieštarauti, esą realiai žvelgiant, pavyzdžiui, Britanijoje, teisėjai bus prastesni talkininkai, mat jie laikosi blogesnių teorijų apie teises. Jie kilę iš tam tikros klasės, ugdomi tam tikru būdu ir yra tam tikros profesijos nariai, dėl to labai tikėtina, jog jie nebus jautrūs visiškai kitų klasių piliečių teisėms. Niekas iš to, ką aš iki šiol pasakiau, neatremia šio argumento. Jo aktualumą svarstysiu vėliau.

Antra, ar esama kitų teisingumo priežasčių, šalia tikslumo priežasčių, dėl kurių įstatymų leidyba turėtų būti išskirtinė strategija sprendžiant, kokias teises turi žmonės? Turime apsvarstyti gerai žinomą argumentą, grindžiamą pagarbos teisei bei kitų politinio stabilumo aspektų svarba. „Nėra tikėtina, jog legislatūros priims sprendimą dėl teisių, kuris užgaus kokį nors galingą bendruomenės sluoksnį tiek, kad šis sukrėstų politinę tvarką. Jeigu legislatūra visgi padaro tokią klaidą, ta valdžia kris, ir tvarkingo demokratijos proceso keliu toji kvaila legislatūra bus pakeista kita. Teismai neturi jokių panašių struktūrinių saugiklių, saugančių nuo labai nepopuliarių sprendimų, nes teisėjai nejaučia tiesioginės baimės dėl galimo liaudies nepasitenkinimo jų darbu. Priešingai – kai kurie teisėjai gali mėgautis savo laisve nepaisyti populiariųjų pažiūrų. Taigi jei teisėjai priima politinį sprendimą, kuris kelia pasipiktinimą, viešuomenė negalės apsiginti pakeisdama juos. Vietoj to sumenks jos pagarba ne tik jiems, bet ir pačios

teisės intitucijoms ir procesams, ir bendruomenė dėl to bus ne tokia susitelkusi ir ne tokia stabili. Būtent tokius padarinius neabejotinai sukėlė neprotingas Darbo santykių akto eksperimentas, įtraukęs teismus į politinį procesą."

Šio argumento reikalavimu, teisėjai neturėtų daryti politinių sprendimų, įskaitant ir politinius sprendimus dėl teisių, nes nuomonė, kad jie priima tokius sprendimus, lems tai, jog sumenks pagarba teisei. Šis konkretus argumentas, kitaip negu kiti, kuriuos svarstau, nesiremia prielaida, jog „istoriniai" klausimai, kuriuos teisėjas galėtų kelti vietoj politinių klausimų, yra nepolitiniai. Jis tik taria, jog jie bus suprantami kaip nepolitiniai. Tačiau ši prielaida iš tiesų yra tokia pat abejotina. Mat išskyrus keletą atvejų, visose bylose, kuriose teisėjų sprendimas buvo plačiai ir viešai kritikuojamas dėl politiškumo, teisėjai savo rašytinėse nuomonėse dėsto istorinius, o ne politinius pagrindus. Nešlovę teisei užtraukė (kad ir ką tai reikštų) sprendimo turinys, o ne pateiktų argumentų pobūdis. Politinis stabilumas gali būti argumentas prieš teisės aktą, kuris sąmoningai arba per neapsižiūrėjimą politiškai jautrius klausimus palieka atvirus, kad juos spręstų teisėjai. Tai ne argumentas, teigiantis, jog jeigu teisėjai iš tiesų yra priversti spręsti tokius klausimus, jie juos turėtų spręsti remdamiesi istoriniais, o ne politiniais pagrindais.

Be to, faktinis šio argumento pamatas yra geriausiu atveju neįrodytas. Piliečių grupės, kuriems labai nepatinka teisėjo sprendimas, reikš nepasitenkinimą ne tik dėl paties sprendimo, bet ir dėl jį produkavusios institucijos įgaliojimų. Jie netgi gali jausti impulsą nepaklusti tam sprendimui, ypač jeigu jų politinė galia tokia, kad jie tai gali padaryti nebaudžiamai. Tačiau kol kas nėra jokių įrodymų, jog polinkis nepaklusti bus visuotinis, o ne lokalus. Pavyzdžiui, būta niūrių prognozių, jog politinis priešiškumas Amerikos karui Vietname ir nepaklusimas įstatymams, sąlygojusiems tą karą, atves prie bendro teisės ir tvarkos pašlijimo. Ta grėsmė skirtingų grupių buvo suprantama tiek kaip argumentas prieš karą, tiek kaip argumentas už teisinį disidentų persekiojimą. Tačiau, nors nusikalstamumo lygio Jungtinėse Valstijose augimas ir toliau pasižymi slogiu pastovumu, nėra

visai jokių įrodymų, kad anie politiniai įvykiai kokiu nors būdu turėjo įtakos dabartinei situacijai.

Bet kuriuo atveju, jeigu šis argumentas yra suprantamas kaip argumentas konkrečiai prieš atvirai politinius teismų sprendimus, jis subliūška dėl priežasties, kurios iki šiol nepaminėjau. Mat jis taria, jog visuomenė skiria politinius sprendimus, priimtus legislatūros, ir politinius sprendimus, priimtus teismų, ir kad visuomenė mano, jog pirmieji yra legitimūs, o antrieji – ne. Tačiau net jeigu taip yra dabar, tokio viešojo nelegitimumo suvokimo greičiausiai nebeliktų, jeigu teisėjai ir kiti pareigūnai pripažintų, jog tokie sprendimai yra suderinami su demokratija ir rekomenduojami priimtinos teisės viešpatavimo koncepcijos. Taigi aptariamasis argumentas suponuoja klausimą, ar teisininkai ir pareigūnai turėtų daryti tą išvadą. Jis teikia tik argumentą, jog bet kokį profesionalų tokių sprendimų priėmimą turėtų lydėti – ir neišvengiamai lydėtų – visuomenės pažiūrų permainos taip pat ir teisės atžvilgiu.

Aš pripažįstu, jog tarp Britanijos ir Jungtinių Valstijų esama daug skirtumų (kai kuriuos iš jų paminėsiu vėliau), kurie bet kokį skubotą šioms šalims būdingų viešųjų nuostatų palyginimą daro įtartiną. Tačiau verta pažymėti, jog prieš keletą dešimtmečių įvykusi Aukščiausiojo teismo nuostatos Konstitucijos intepretacijos atžvilgiu permaina – poslinkis nuo kliovimosi istoriniais argumentais prie politinių argumentų – nebuvo lydima kokio nors ryškaus viešosios pagarbos to Teismo sprendimams praradimo, sprendžiant iš visuomenės nusiteikimo paklusti. Priešingai, Warreno vadovaujamas teismas pasiekė kone stebuklingą paklusnumą kraštutinai nepopuliariems sprendimams – tuo metu, kai populiarusis Teismo vaidmens supratimas vis dar reikalavo – daug visuotiniau negu dabar – istorinės, o ne politinės Konstitucijos interpretacijos. Populiarioji opinija šiuo atveju pasekė Teismu.

Tačiau politinis stabilumas nėra pagrindinė priežastis – greta preciziškumo priežasčių, – dėl kurios dauguma žmonių nori, kad sprendimus dėl teisių priimtų legislatūros. Tokio noro priežastis yra teisingumo motyvas. Demokratija suponuoja politinės galios lygybę, ir

jeigu tikrų politinių sprendimų teisė iš legislatūros pereina teismams, tuomet politinė individualių piliečių, kurie renka įstatymų leidėjus, bet ne teisėjus, galia yra susilpninama, o tai neteisinga. Learnedas Handas savo įžymiosiose Holmeso ciklo paskaitose šį motyvą pateikė kaip argumentą, kodėl reikia neleisti Aukščiausiajam teismui priiminėti politinių sprendimų. Jis sakė, jog nenorėtų būti valdomas „pulkelio platoniškųjų sargybinių", net jeigu žinotų, kaip juos parinkti, – o šito jis nežinojo.[10]

Jeigu visa politinė galia būtų perduota teisėjams, politinės galios demokratija ir lygybė būtų sugriauta. Tačiau dabar mes svarstome tik nedidelę ir ypatingą politinių sprendimų klasę. Nėra lengva įsivaizduoti, kaip turime nustatyti, ar – ir kiek – sumenksta individualių piliečių politinė galia, jeigu kai kurie iš šių sprendimų tenka teismams. Tačiau atrodo įtikinama tai, jog – kad ir kaip matuojama politinės galios padidėjimas ir nuostolis – kai kurie piliečiai laimi daugiau negu praranda.

Neabejotina tiesa, labai apibendrintai tariant, yra tai, jog demokratijoje galia yra žmonių rankose. Tačiau pernelyg akivaizdu, kad jokia demokratija neužtikrina tikros politinės galios lygybės. Daugelis piliečių dėl vienokios ar kitokios priežasties yra visiškai beteisiai. Ekonominė didelio verslo galia garantuoja ypatingą politinę galią jo vadovams. Interesų grupės, tokios kaip profesinės sąjungos ir profesinės organizacijos, renka pareigūnus, kurie taip pat turi ypatingą galią. Tradicinių mažumų nariai, kaip individai, turi mažiau galios negu individualūs nariai kitų grupių, kurios, kaip grupės, yra galingesnės. Šie egalitarinio demokratijos pobūdžio defektai yra gerai žinomi ir iš dalies tikriausiai yra neištaisomi. Mes turime į juos atsižvelgti spręsdami, kiek individualūs piliečiai praranda politinės galios visais tais atvejais, kai individualių teisių klausimų sprendimas iš legislatūros persikelia į teismus. Kai kurie pralaimi labiau negu kiti tik dėl to, kad jie turi daugiau to, ką galima prarasti. Taip pat turime nepamiršti, jog kai kurie individai šio institucinių įgaliojimų perleidimo dėka įgyja daugiau politinės galios. Mat pagal teisių koncepciją, aiškinančią teisės viešpatavimą, individai turi tokių galių, kurių

jie neturi pagal normų kodekso koncepciją. Jie, kaip individai, turi galią reikalauti naujo jų teisių nagrinėjimo teisme. Jeigu teismas pripažįsta jų teises, šios teisės bus įgyvendintos nepaisant to, kad joks Parlamentas neturėjo laiko ar valios jas įgyvendinti.

Tai, ar bet koks konkretus individas įgyja daugiau galios nei praranda, kai teismai imasi spręsti, kokias politines teises jis turi, gali būti delikatus klausimas. Teismų prieinamumas gali būti brangus, todėl teisė bylinėtis teisme šiuo požiūriu yra vertingesnė turtingiesiems negu vargingiesiems. Tačiau kadangi, visiems kitiems aspektams sutampant, turtingieji turi daugiau galios legislatūros atžvilgiu negu vargingieji, tai, bent jau ilgalaikės perspektyvos požiūriu, kai kurių sprendimų priėmimo iškėlimas iš legislatūros gali būti vertingesnis vargingiesiems. Tradicinių mažumų atstovai teoriškai turi turėti daugiausia naudos iš to perkėlimo, nes legislatūros palankumas daugumai yra itin nepalankus būtent jiems, ir labiausiai tikėtina, kad dėl šios priežasties kaip tik jų teisės bus ignoruojamos tame forume. Jeigu teismus saisto ypatinga atsakomybė – ginti individualias teises, tai mažumų politinė galia augs tuo mastu, kuriuo teisė bylinėtis teisme iš tikrųjų bus jiems prieinama, ir tuo mastu, kuriuo teismų sprendimai apie jų teises bus iš tiesų protingi. Šiomis sąlygomis nauda mažumoms būtų didžiausia esant sistemai, pagrįstai legislatyvinių sprendimų teismine peržiūra – tokiai, kokia galioja Jungtinėse Valstijose, o jeigu įsigalėtų kai kurios siūlomo konstitucinio Teisių bilio versijos, galiotų ir Britanijoje. Tačiau nauda gali būti nemaža net jei teismo galia spręsti dėl politinių teisių ribojasi tik tais atvejais, – tokiais kaip *Charter byla,* – kai legislatūra aiškiai neatsakė į klausimą, kokias teises jie nustatė. Žinoma, aš darau prielaidą būsiant palankias sąlygas, kurių gali ir nebūti. Tačiau nėra jokio pagrindo manyti, – abstrakčiai, – kad sprendimo dėl teisių galios perėjimas iš legislatūrų į teismus žlugdys demokratinį politinės galios lygybės idealą. Visiškai įmanoma, jog jis tvirtins to idealo pozicijas.

KONSERVATYVŪS TEISĖJAI

Mano argumentai iki šiol buvo teoriniai ir instituciniai. Todėl kai kas manys juos esant netaiklius, nes taria, kad pagrindiniai argumentai prieš teisėjų įgalinimą priiminėti politinius sprendimus yra praktiniai ir asmeniniai. „Britų teisėjai yra didžiai konservatyvūs ir nusiteikę sergėti įtvirtintas autoriteto formas. Galbūt tai tik istorijos atsitiktinumas, o gal ir neišvengiama kitų institucinių konfigūracijų ir tradicijų pasekmė. Tačiau, šiaip ar taip, tai faktas. Šio fakto ignoravimas iškreiptų svarstymą, ar, pavyzdžiui, mažumos ir vargšai turėtų naudos, jeigu teisėjai būtų labiau politiški, arba ar galima tikėtis, kad šie teisėjai geriau ar blogiau negu Parlamentas identifikuos tikras politines teises."

Aš neginčiju šio dabartinės teisėjų kartos Didžiojoje Britanijoje apibūdinimo. Neišleidžiant iš akių kai kurių ryškių išimčių, jis man atrodo korektiškas. Tačiau iš to nekyla išvada, kad teisėjai, kad ir kokie konservatyvūs būtų, padarys ne tokius priimtinus sprendimus, esant režimui, kuris įgalina juos daryti politinius sprendimus dėl individualių teisių, negu esant režimui, kuris įpareigoja daryti „neutralius" sprendimus, keliant mano aprašytuosius „istorinius" klausimus. Įvairūs sprendimai, kuriuos nurodė Griffithsas ir kiti, kad įrodytų konservatyvų britų teisėjų charakterį, visi buvo oficialiai teisinami tokiais „istoriniais" pagrindais. Nors kritikai mano, kad, pavyzdžiui, *Tameside bylos* sprendimas atspindi teisėjo nepalankumą visiems bendros edukacijos atžvilgiu, o *Shaw byla* rodo jų nusistatymą, jog seksualinė laisvė neturėtų būti skatinama, kiekvienas iš šių sprendimų pateiktas taip, tarsi teisėjai buvo įsipareigoję vadovautis neutraliais įstatymų aiškinimo ir precedento interpretacijos motyvais, siekdami tų išvadų, kurias jie padarė. Todėl sunku suprasti, kaip aiški direktyva teisėjams – sprendimus apie teises daryti remiantis politiniais pagrindais – produkuotų daugiau „konservatyvių" sprendimų. Reikalas ne tas, jog teisėjai sąmoningai ignoruoja savo pareigą daryti sprendimus istoriniais, o ne politiniais pagrindais. Reikalas tas, jog pati reikalo esmė „istorinius" sprendimus verčia būti būti politinius.

Jeigu aiški direktyva turėtų kokį nors poveikį sprendimams, produkuojamiems konservatyvių teisėjų, visiškai galimas dalykas, jog tas poveikis padarytų šiuos sprendimus *ne tokius* konservatyvius, o ne dar konservatyvesnius. Prievolė nurodyti politinį sprendimo pobūdį, t. y. jog tai sprendimas dėl individualių teisių, *o ne dėl bendrosios gerovės,* turi veikti kaip bendra liberali įtaka. Shaw byloje, pavyzdžiui, Rūmai manė esą saistomi pareigos – kurią užduoda jų pažiūra į precedentus – svarstyti, ar Shaw parengto Moterų katalogo (*Ladies Directory*) publikavimas prisidėjo prie viešosios moralės smukdymo. Savaime šis klausimas yra klausimas apie bendrosios visuomenės gerovės pobūdį (vikontas Simondsas tai pavadino „moraline gerove"), o iš konservatyvių teisėjų natūralu tikėtis konservatyvaus požiūrio į viešąją gerovę. Tačiau tarkime, jog viešpataujanti teisės teorija reikalavo, kad Rūmai pirmiausia iškeltų sau klausimą, ar precedentai nedviprasmiškai reikalauja pripažinti tokį nusikaltimą, ir, jeigu ne, ar teorija, jog toks nusikaltimas egzistuoja, geriau dera su Shaw kaip individo teisėmis nei teorija, kad toks nusikaltimas neegzistuoja. Tuomet būtų buvę energingai argumentuojama, jog individai turi moralinę teisę, bent jau iš principo, nebūti baudžiami jokiu kitu atveju, o tik tuomet, kai jie padaro nusikaltimą, aiškiai ir viešai įvardytą iš anksto, ir kad turint omenyje šią teisę, būtų neteisinga bausti Shaw. Net ir „konservatyvūs" teisėjai vargu ar norėtų neigti tokios teisės vidinį įtikinamumą, ir aš labai abejoju, ar bet koks kompetentingas teisėjas įrodinėtų, kad jos pripažinimas būtų nesuderinamas su britų teisine ir politine praktika. Tačiau teisėjas, iš kurio reikalaujama priimti sprendimą remiantis politinio principo pagrindais, nebūtų galėjęs įkalinti Shaw, neatmetęs tos teisės kaip moralinio principo dalyko arba neįrodęs, kad britų praktika jos nepripažįsta.

Būdą, kuriuo buvo išspręsta *Charter byla,* mano naudota kaip pagrindinis pavyzdys, būtų galima pavadinti konservatyviu, ir dėl to šis sprendimas kritikų yra likomas politiniu. Žinoma, lordų rašytinės nuomonės neapibūdina jų sprendimo kaip politinio: šiose nuomonėse semantiniai klausimai taikomi frazei „visuomenės sluoksnis". Tačiau, be abejo, teisinga ir ta pastaba, jog ne tokie kon-

servatyvūs teisėjai būtų galėję tai frazei priskirti griežtesnę reikšmę, nes jų nuomonė dėl to, ar tai, kad pusiau viešos institucijos praranda dalį kontrolės jų narystės pobūdžio atžvilgiu, atitinka viešąjį interesą, galėjo būti kitokia. Tačiau tarkime, jog lordai vietoj semantinio klausimo, kviečiančio atsiverti to sprendinio apie bendrąją gerovę įtakai, turi sau kelti atvirai politinį klausimą apie konkuruojančias teises: mažumų narių teisę nepatirti diskriminacijos ir klubo narių teisę pasirinkti bendravimo partnerius pagal kriterijus, kurie jiems atrodo priderami. Rasinių santykių aktas įkūnija kompromisą tarp tų dviejų teisių: jis laiko, jog teisė būti laisvam nuo diskriminacijos yra pakankamai stipri, kad visiškai viešos institucijos negalėtų vykdyti diskriminacijos, tačiau ne tokia stipri, kad anuliuotų konkuruojančią teisę pasirinkti bendravimo partnerius visiškai privačioje aplinkoje, tokioje kaip pramogavimas namuose arba uždari klubai. Kaip turėtų būti nustatomas balansas tarpiniais atvejais, kurių Aktas aiškiai nereguliuoja, kaip antai neuždarų bendrijų, apskritai atvirų kiekvienam tam tikros partinės politinės orientacijos asmeniui, atveju?

Nėra visai neįmanoma, jog konservatyvus teisėjas nesutiks su pirminiu sprendimu dėl Akto. Jis galėtų manyti, jog Aktas per menkai vertina asociacijos laisvę arba kad teisiškai reguliuoti moralę rasiniuose santykiuose yra bloga politinė strategija (tačiau kad protinga tai daryti sekso srityje). Tačiau jeigu jam sakoma, jog jis turi spręsti bylą, tokią kaip *Charter,* remdamasis politinės moralės principų, suderinamų su Akto principais, pagrindu, jis bus priverstas atidėti į šalį tuos įsitikinimus, nes jie yra nesuderinami su anais. Jis negali teigti, jog esama morališkai relevantiško skirtumo tarp to laipsnio, kuriuo asociacijos laisvė suvaržoma, reikalaujant iš Claridges nediskriminuoti, ir laipsnio, kuriuo ta laisvė varžoma panašių reikalavimų, keliamų *West Hamo Konservatorių* klubui. Nors jis nepritaria būdui, kuriuo Akte buvo nustatytas balansas, jis negali įtikinamai tarti, jog kitoks politinis principas, nustatantis balansą taip, kad Konservatorių klubą sutapatintų su privačia namų aplinka, yra suderinamas su tuo aktu. Juo atviriau politiškas bylos turinys,

juo ta byla panašesnė į *Charter,* o ne į komercinę bylą, abstrakčiai aptartą anksčiau, – juo labiau atvirai politinis aptariamojo įstatymo ar precedento pobūdis varžys paties teisėjo politinę moralę ką tik aprašytuoju būdu.

Čia vėl tariamai neutralūs semantiniai klausimai, kuriuos naudojo Lordų rūmai, įgalino sprendimą, kuris suteikė daugiau galios teisėjo asmeniniams įsitikinimams, negu būtų leidusi atvirai politiška jurisprudencija. Semantiniai klausimai – būtent dėl to, kad jie nėra politiški savo forma, – neskiria politinio sprendinio rūšių, neišvengiamai turėsiančių įtakos atsakymams, kuriuos teisėjai pateikia. Jie gimdo paslėptus politinius sprendinius, kurie gali būti nesuderinami pagal principą su tariamai įgyvendinamais teisės aktais. Tuo tarpu politiniai klausimai, kuriuos rekomenduoja teisių modelis, reikalauja, kad politiniai atsakymai į juos būtų ir aiškūs, ir pagrįsti principais, kad jų apeliacija ir jų suderinamumas su principais, diegiamais platesniu mastu, galėtų būti galimi patikrinti.

Taigi net tiems, kurie mano, jog politiniai dabartinių teisėjų principai yra neišmintingi, ši nuomonė neteikia gero pagrindo oponuoti teisių modeliui ir bylų sprendimo stiliui, kurį jis rekomenduoja. Atrodo tikėtina, jog tas modelis sumažins to pobūdžio sprendimų, kuriuos jie smerkia, skaičių. Tačiau esama tolesnės ir, ko gero, svarbesnės priežasties, kodėl turėtume atmesti argumentą, grindžiamą konservatyviu dabartinių teisėjų charakteriu. Mat teisėjų charakteris yra galiojančios bylų sprendimo teorijos pasekmė; todėl jo negalima, nenusižengiant nuosaikumui, nurodyti kaip priežasties nekeisti tos teorijos. Jeigu teisių koncepcija, aiškinanti teisės viešpatavimą, šioje šalyje taptų populiaresnė negu buvo iki šiol, teisinė edukacija beveik garantuotai taptų platesnė ir įdomesnė nei dabar, ir vyrai bei moterys, kurie šiaip niekuomet nesirinktų teisininko karjeros dėl to, kad nori daryti tokią karjerą, kuri įgalintų dalyvauti socialinio teisingumo kūrime, pradės apie teisinę profesiją mąstyti kitaip. Profesija pasikeistų, kaip kad ji radikaliai pasikeitė Jungtinėse Valstijose šio amžiaus pirmoje pusėje, ir teisininkai, kuriuos ta profesija vertina ir kuriems skiria teisėjo kėdę, būtų kitokie. Argumentas, jog politinė

jurisprudencija patirtų nesėkmę Britanijoje, nes čia teisėjai yra pernelyg tvirtai įaugę į nusistovėjusią tvarką, kelia abejonių. Jeigu teisė čia turėtų kitokią vietą, teisės srityje rastų vietą kitokie žmonės.

DU IDEALAI IR DVI ŠALYS

Daugelis žmonių prieštaraus mano Britanijos ir Jungtinių Valstijų palyginimui ir sakys, jog teisės vaidmuo šiose dviejose šalyse toks skirtingas, kad toks palyginimas yra prastas pagrindas. Aš sutinku su šio prieštaravimo dvasia; tačiau tie skirtumai nesusiję su dabar plėtojamu argumentu. Aš neteigiu, jog yra tikėtina, kad Britanija judės atviriau politiškos jurisprudencijos link, o teigiu tik tai, jog jos teisėjai ir teisininkai būtų kitokie, jeigu ji tai darytų. Aš pripažįstu, jog teisinės kultūros skirtumai atspindi fundamentalesnius skirtumus, kurie Jungtines Valstijas daro našesne dirva teisių koncepcijai. Amerikiečiai vis dar yra apžavėti individualių teisių idėjos, kuri yra zodiako ženklas, po kuriuo gimė jų šalis. Jų pasiekimai pripažįstant ir užtikrinant šias teises nebuvo itin įspūdingi. Tačiau viešuosiuose debatuose Jungtinėse Valstijose dominuoja – tokiu mastu, kuris britų komentatoriams atrodo nuostabus, – diskusijos, kokias teises turi žmonės.

Britanijoje politiniai debatai telkiasi apie kitą idėją, kurią keletą kartų nurodžiau, tačiau neaptariau, būtent – devynioliktojo amžiaus pagimdytą visuotinės gerovės (*general welfare*), arba kolektyvinio gėrio, idėją. Kai politiniuose debatuose kalbama apie teisingumą (*fairness*), paprastai turimas galvoje teisingumas visuomenės klasėms ir grupėms (tokioms kaip darbininkai arba vargingieji), o šitai yra kolektyvinės šių grupių gerovės dalykas. Amerikiečių debatuose buvo atkakliai ginama nuostata, jog teisės priklauso individams, o ne grupėms, ir priešintasi tam, kad teisingumas būtų matuojamas klasių, o ne individualių žmonių požiūriu.

Šis skirtumas politinių debatų retorikoje atspindi ir prisideda prie skirtumo bendrosios teisininkų ir teisėjų nuostatos atžvilgiu ir jų vietos valdžios sistemoje atžvilgiu. Jungtinėse Valstijose teisininkai dažnai buvo nenaudėliai (*scoundrels*), ir amerikiečiai šykšti jiems viešo

pagarbumo, kitaip nei gydytojams ir net kai kuriems mokytojams. Tačiau Amerika teisininkams, kaip grupei, priskiria galią ir įtaką pačiuose įvairiausiuose reikaluose, tarp jų, pažymėtina, ir valdymo dalykuose. Britanijoje teisininkai traktuojami labai palankiai. Jie puošiasi prabangiais kostiumais – nors daugiausia yra pagyvenę ir nuobodūs, – o kai tampa teisėjais, savo orumui ginti turi itin plačias galias nieko nepaisyti. Tačiau jie turi labai mažai tikros galios.

Iki šiol išsakiau labai mažai argumentų, kurie tiesiogiai gintų teisių koncepciją kaip politinį idealą. Aš buvau pernelyg užsiėmęs jos gynyba. Pozityvūs argumentai, ginantys tą koncepciją, yra paprasti. Aš pripažinau, jog visuomenei, kuri yra ištikima šiai teisės viešpatavimo koncepcijai, gali tekti sumokėti didelę kainą – neabejojamai efektyvumo sąskaita, taip pat galbūt bendruomenės dvasios sąskaita, dvasios, kurią, kaip tariama, per uolus rūpinimasis teise suluošina. Tačiau ta visuomenė teikia svarbų pažadą kiekvienam individui, ir man atrodo, jog tas pažadas vertas tokios kainos. Ji skatina kiekvieną individą tarti, jog jo santykiai su kitais piliečiais ir su savo valdžia yra teisiškumo (*justice*) dalykas, taip pat skatina diskutuoti su bendrapiliečiais, kaip bendruomene, kokie, teisiškumo reikalavimu, šie santykiai turi būti. Ji žada forumą, kuriame jo pretenzijos dėl to, į ką jis turi teisę, bus nuolat ir rimtai svarstomos, jam pareikalavus. Ji negali jam pažadėti, jog sprendimas jį tenkins ar netgi – kad sprendimas bus teisingas. Tačiau šitai nėra būtina, kad pažadas ir jo kuriamas teisiškumo jausmas būtų vertingas. Galėjo susidaryti įspūdis, jog aš noriu pasakyti, esą demokratija ir teisės viešpatavimas kovoja tarpusavyje. Taip nėra; priešingai – abi šios svarbios politinės vertybės yra pagrįstos fundamentalesniu idealu – jog bet kokia priimtina valdžia privalo traktuoti žmones kaip lygius. Teisės viešpatavimas šioje koncepcijoje, kurią aš palaikau, praturtina demokratiją, ją papildydamas nepriklausomu principo forumu, ir tai yra svarbu – ne tik dėl to, kad jame gali būti kuriamas teisiškumas, bet dėl to, kad tas forumas patvirtina, jog teisiškumas galiausiai yra individualios teisės dalykas, o ne nuo jos nepriklausomas visuotinės gerovės dalykas.[11]

2. Principo forumas*

DVI KENKSMINGOS IDĖJOS

Konstitucija yra pagrindinis Jungtinių Valstijų įstatymas, o teisėjai privalo įgyvendinti teisę. Šio paprasto ir stipraus argumento pagrindu Johnas Marshallas pagrindė įstatymų leidybos aktų teisminės priežiūros instituciją – instituciją, kuri yra sykiu ir Amerikos jurisprudencijos pasididžiavimas, ir mįslė.[12] Galvosūkis glūdi štai kur. Visi sutinka, jog Konstitucija draudžia Kongresui ir valstijų legislatūroms tam tikras įstatymų leidybos formas. Tačiau nei Aukščiausiojo teismo teisėjai, nei konstitucinės teisės ekspertai, nei eiliniai piliečiai negali sutarti dėl to, ką būtent ji draudžia, ir šis nesutarimas pats aštriausias yra tuomet, kai rūpimasis teisės aktas yra politiškai labiausiai kontroversiškas ir skaldantis visuomenę. Todėl atrodo, jog šie teisėjai, drausdami žmonėms priimti sprendimus, kuriuos jie, nedidelis skaičius paskirtųjų iki gyvos galvos, mano esant neteisingus, realizuoja savo veto teisę tautos politikos atžvilgiu. Kaip šitai gali būti suderinama su demokratija? Tačiau ar esama kokios alternatyvos, išskyrus Marshallo paskelbtos galios atšaukimą? Toji galia dabar yra taip aiškai apibrėžta mūsų konstitucinėje sistemoje, jog atšaukimas būtų destruktyvesnis konsenso atžvilgiu – veikiau įprastų lūkesčių pamynimas nei tiesiog tradicinės praktikos tąsa. Atrodo, jog mes esame kaustomi dilemos, kurią apibrėžia prieštaravimas tarp demokratijos ir senovinės, fundamentalios ir neaiškios teisės, kurių abiejų reikšmė tam, kaip mes suvokiame savo tradicijas, yra esminė. Ką daryti?

Išeitis yra. Šios dilemos galime išvengti, sukonstravę apolitišką programą konstitucinėms byloms spręsti. Programą, kuri, pavyzdžiui,

* Pastaba. Pirmą kartą publikuota *New York University Law Review*, 56, nos. 2–3 (May–June 1981). © Ronald Dworkin.

leidžia teisėjams spręsti, ar įstatymai, nustatantys minimalų atlyginimą arba draudžiantys abortą, yra konstituciški[13], patiems nesprendžiant, ar minimalaus atlyginimo įstatymai yra neteisingi arba ar įstatymai, draudžiantys abortus, pažeidžia fundamentalias moralines ar politines teises. Tačiau kaip teisėjai gali tokias bylas spręsti apolitiškai, jeigu Konstitucijos tekstas pats nėra aiškus šiais klausimais? Šiuo metu ryškiausios yra dvi idėjos. Viena buvo žinoma ilgą laiką, ir nors jos žavesys sužibęs išblėso, ji pasirodė patraukli naujai entuziastų kartai. Tai konstitucinės *intencijos* – dažnai vadinamos „pirmine" (*original*) intencija arba Konstitucijos „Kūrėjų" (*Framers*) intencija – idėja. Tarkime, jog teisėjai gali nustatyti, kokio neaiškiųjų Konstitucijos nuostatų supratimo pageidavo Kūrėjai. Jeigu teisėjai vadovaujasi ta pirmine intencija, jie patys nedarytų esminių sprendimų, o tik įgyvendintų sprendimus, prieš daug laiko priimtus kitų, – sprendimus, kuriems autoritetą suteikė žmonės, ratifikuodami ir pripažindami Konstituciją.

Antroji strategija taip pat turi ilgą istoriją, tačiau naują gyvybę ir kryptį jai suteikė įžymioji Teisėjo Harlano Stone'o pastaba ir – iš naujo, jau mūsų dienomis – įdomi Johno Ely knyga.[14] Ši strategija remiasi ne pirminės intencijos idėja, o veikiau griežta perskyra tarp turinio dalykų ir proceso dalykų. Tarkime, jog teisėjai įsipareigoja ne peržiūrėti teisingumo ar teisiškumo atžvilgiu esminius sprendimus, priimtus tų pareigūnų, kurie išleido peržiūrimuosius įstatymus, o tik patikrinti, ar teisingas procesas, kuriuo šie įstatymai buvo sukurti. Mąstantys žmonės gali nesutarti, ar tam tikri procesai yra teisingi (*fair*). Tačiau teisėjai, kurie vadovaujasi savo pačių įsitikinimais dėl proceso teisingumo, bent jau neįsibraus į esminių sprendimų sritį. Šiaip ar taip, teisminė politinių procesų peržiūra tik prižiūri demokratiją; ji nesiekia padiktuoti savo valios, kaip daro teisminė turinio peržiūra.

Tai du būdai pabėgti nuo esminio turinio konstituciniuose sprendimuose. Šioje esė siekiu parodyti, jog abu būdai patiria nesėkmę ir kad jie veda prie tos pačios nesėkmės. Teisėjai negali nuspręsti, kokia buvo rūpimoji Kūrėjų intencija arba koks politinis procesas yra tikrai teisingas ir demokratiškas, jeigu nedaro būtent tos rūšies esminių politinių sprendimų, kurių, intencijos arba proceso teorijos pro-

ponentų manymu, teisėjai neturėtų daryti. Intencija ir procesas yra kenksmingos idėjos, nes jos dangsto šiuos esminius turinio sprendimus procedūriniu uolumu ir vaizduoja, kad tie sprendimai nebuvo daromi. Dabar tai užmiršta.

INTENCIJA

Interpretacija ir konstitucinė teisė

Tačiau prieš pradėdamas savąjį šių teiginių gynimą, turiu iškelti preliminarų klausimą, kad išvengčiau tam tikros painiavos. Tapo įprasta skirti „interpretacines" ir „neinterpretacines" teisminės peržiūros teorijas.[15] Interpretacinės teorijos (anot šios perskyros) teigia, jog teisminė legislatyvinių sprendimų peržiūra turi būti pagrįsta pačios Konstitucijos interpretacija. Tai gali būti teksto aiškinimo arba „Kūrėjų" intencijos nustatymo dalykas, arba – tai labiau įtikima – kokia nors jų abiejų kombinacija. Sakoma, jog neinterpretacinės teorijos, priešingai, suponuoja, kad teismas bent jau kartais yra teisus, legislatyviniams sprendimams taikydamas standartus, teikiamus kokio nors kito šaltinio, ne teksto – tokio kaip paplitusi moralė arba išmintingos teisingumo teorijos arba kokia nors tikros demokratijos teorija.[16]

Menama perskyra tarp šių dviejų teorijos tipų teikia ne tik klasifikacijos schemą teisminės peržiūros teorijoms, bet ir schemą diskusijoms apie tokias teorijas. Konstitucinės teisės specialistai rašo straipsnius, kuriuose, pavyzdžiui, teigia, kad jokia neinterpretacinė teorija nedera su demokratija.[17] Arba kad bet kokia neinterpretacinė teorija būtinai yra pagrįsta prigimtinės teisės doktrina, todėl turi būti atmesta.[18] Arba kad jokia interpretacinė teorija negali būti teisinga arba galinti paremti tai, ką beveik visi sutinka laikyti deramais Aukščiausiojo teismo sprendimais, kaip antai svarbiausiuosius sprendimus, skelbiančius rasinę segregaciją edukacijoje esant nekonstitucinę.[19] Šiuo būdu konstitucinės teorijos yra studijuojamos ir atmetamos urmu.

Žinoma, natūralu ieškoti klasifikacijos schemų, kurios teikia argumentacines strategijas. Tačiau ši schema yra vargana – štai kodėl. Bet

kokia pripažintina teisminės peržiūros teorija yra interpretacinė ta prasme, kad siekia teikti Konstitucijos kaip pirminio, pamatinio teisinio dokumento interpretaciją, taip pat siekia integruoti Konstituciją į mūsų konstitucinę ir teisinę praktiką kaip visumą. Niekas nesiūlo teisminės peržiūros tarsi tuščioje vietoje. Kiekviena teorija pretenduoja pateikti kuo aiškiau viską nušviečiantį mūsų esamos konstitucinės tradicijos, kaip visumos, realaus „rezultato" paaiškinimą – konstitucinės sistemos, kuri buvo išplėtota mūsiškėje teisės istorijoje, „esmės" (*point*) arba „geriausio pateisinimo" paaiškinimą. Kiekviena teorija, remdamasi savąja tos sistemos interpretacija, pateikia tam tikrą požiūrį, kaip geriausia interpretuoti Konstituciją kaip pradinį tekstą. Taigi tezė, jog įmanoma padaryti naudingą perskyrą tarp tų teorijų, kurios atkakliai teigia Konstitucijos kaip tam tikro dokumento arba mūsų konstitucinės sistemos kaip visumos interpretacijos būtinybę, ir tų, kurios atmeta interpretaciją, veikiau sukelia painiavą, nei gelbsti.

Teorijos, kurios paprastai klasifikuojamos kaip „neinterpretacinės"– tos, kurios mums atrodo labiausiai aktyvistinės arba mažiausiai saistomos esamo Konstitucijos teksto, – yra akivaizdžiai interpretatyvistinės bet kokia įtikinama prasme. Jos neignoruoja nei Konstitucijos teksto, nei tų, kurie ją kūrė, motyvų; veikiau jos siekia tekstą ir motyvus deramai kontekstualizuoti. „Neinterpretaciniai" teoretikai teigia, jog mūsų teisinės bendruomenės įsipareigojimas laikytis šio konkretaus dokumento su šiomis provizijomis, priimtomis žmonių, turėjusių šiuos motyvus, remiasi kaip prielaida laikytis tam tikrų pirmesnio įsipareigojimo politinio teisingumo principų, kuriuos tad, jeigu norime veikti atsakingai, privalo atspindėti Konstitucijos skaitymo ir įgyvendinimo būdas. Tai tuščios vietos argumento antitezė ir interpretacijos metodo paradigma. Ji neignoruoja nei teksto, nei pradinės intencijos, o veikiau siūlo teoriją, mokančią, kaip nustatyti, ką tekstas reiškia ir kokia yra jo intencija.

Išties, galėtų atrodyti labiau tikėtina, jog teorijos, dažniausiai vadinamos „interpretacinėmis", – teorijos, kurios mums atrodo labiausiai saistomos izoliuotai suvokiamo Konstitucijos teksto – pasirodys esančios neinterpretacinės šia plačiąja prasme. Mat jos atrodo

skiriančios labai mažai dėmesio klausimams apie Konstitucijos „esmę“ arba kodėl Konstitucija yra pagrindinis įstatymas. Atrodo, kad jos pradeda (ir baigia) pačia Konstitucija ir taria, jog konstitucinė teorija neturi daryti jokių prielaidų, nepadiktuotų to, kas yra tarp šio dokumento „keturių kampų“. Tačiau ši regimybė yra klaidinanti. Mat „teksto saistomi“ (*text-bound*) teoretikai taria, jog jų nesutarimas su „neinterpretacinėmis“ teorijomis yra tikras nesutarimas. Jie taria, jog ginče dėl to, kaip Aukščiausiojo teismo teisėjai turėtų vykdyti teisminę peržiūrą, jie yra teisūs, o jų oponentai – neteisūs. Todėl jie turi turėti (ar bent jau pripažinti, jog pageidautina turėti) pagrindą, remiantį jų „keturių kampų“ teoriją. Tačiau šis pagrindas pats negali būti paimtas iš teksto, suvokiamo izoliuotai; tai tebūtų klausimo nustūmimas. Jis turi remtis politinės moralės principais arba turi būti ginamas kaip tokie principai, tam tikru būdu reprezentuojantys konstitucinės praktikos, suvokiamos plačiau, rezultatą arba tikslą.

Šį klausimą verta plačiau pagvildenti, nes tariamoji perskyra tarp interpretacinių ir neinterpretacinių teorijų yra labai populiari. Klausimą galime paaštrinti paklausdami, kokiu pagrindu tekstu saistomas teoretikas turėtų pasisakyti prieš akivaizdžiai smerktiną atvejį, kurį jis laiko neleistinu. Tarkime, jog Teismas, nepaisydamas aiškių Konstitucijos teksto nuostatų, kurias patikslina pataisos, paskelbia, jog Senatas yra nelegalus, nes jis yra nereprezentatyvus, taigi nedera su demokratijos principais, kuriuos reikia pripažinti, norint, kad Konstitucijai būtų suteiktas apskritai koks nors legitimumas. Kokios abejonių nekeliančios teorijos pagrindu teksto saistomas teoretikas galėtų prieštarauti tam sprendimui? Jis galėtų sakyti, kad tokio sprendimo nepripažintų žmonės. Tačiau tai nėra absoliučiai tikra, ir, šiaip ar taip, jis mano, jog sprendimas būtų neteisingas, net jei galiausiai jis būtų (sukąstais dantimis) pripažintas. Tačiau kodėl?

„Tekstualistas“ negali tiesiog sakyti, jog tų, kurie parašė, ratifikavo ir pripažino Konstituciją, intencija buvo ta, kad ji būtų pagrindinis įstatymas; juo labiau jis negali sakyti, jog tai numato pati Konstitucija. Mat rūpimas klausimas yra Konstitucijos galios klausimas, taigi intencijų, kurias ją galima sakyti įkūnijant, reikšmingumo klausimas.

Pradėkime nuo pradžių. Grupė žmonių susirinko Filadelfijoje ir surašė dokumentą, kurį pagal procedūras, nustatytas pačiame dokumente, žmonės pripažino ir nuo tol pripažįsta tuo būdu ir mastu, kuriuo jis buvo pripažįstamas. Jeigu šitai šį dokumentą daro įstatymu, tai taip tegali būti tik dėl to, kad mes pripažįstame politinės moralės principus kaip svarbius. Tačiau šie principai galėtų ne tik teikti Konstitucijai įstatymo statusą, bet ir ją riboti. Žinoma, mes negalime pasakyti, ar šie principai išties yra svarbūs, kol nenusprendžiame, kokie yra tie principai. Bet koks atsakymas į šį klausimą turi turėti politinės teorijos formą – teorijos, parodančios, kodėl Konstituciją dera traktuoti kaip įstatymą, ir kai kurios įtikinamos politinės teorijos bent jau kelia klausimą, ar to dokumento galiojimas turi būti kokiu nors būdu ribojamas.

Tarkime, jog tekstualistas teigia, – ir tai teikia kaip svarbią teoriją, – jog legitimi valdžia privalo turėti valdomųjų pritarimą. Tai, kaip puikiai žinoma, yra dviprasmis teiginys, ir net anas mitinis sprendimas, skelbiantis Senatą nelegalų, galėtų būti pateisintas remiantis kokia nors jos versija. Tas, kuris remia tą sprendimą, galėtų, pavyzdžiui, sakyti, jog privalomasis sutikimas turi būti platesnis nei tas, kuris buvo sutelktas pradiniame ratifikacijos procese, jog bet kuriuo atveju jis privalo egzistuoti dabar, jog toli gražu nėra tikra, kad nereprezentatyvus Senatas turi tokį pritarimą, ir kad teisinio koregavimo proceso galimybė, ypač turint omenyje Senato vaidmenį labiausiai įmanomame procese, yra ne atsakymas. Tai nekvailas argumentas; šiaip ar taip, jis ne toks kvailas, koks būtų anas mitinis sprendimas, taigi to, kad šis sprendimas mums atrodo absurdiškas, mes negalime paaiškinti tardami, jog ši valdomųjų pritarimo interpretacija pati yra absurdiška.

Ar „teksto“ advokatui, apeliuojančiam ne į politinę teoriją, o į teisės sampratą, pasisektų geriau? Jokia iš esamų filosofinių teisės teorijų neteikia reikalingų argumentų. Jų neteikia nė pozityvistinės teorijos, kurios atrodo tikėtiniausios kandidatės. Jų nesuteiks nei Benthamo, nei Austino pozityvizmo teorija. Jų nesuteiks net ir Kelseno teorija.[20] Kiekviena iš jų turi tą implikaciją, jog jeigu teismo sprendimas būtų pripažintas, šitai parodytų, kad Teismas yra suverenus.

Harto pozityvizmo versija galėtų atrodyti daugiau žadanti.[21] Tačiau Harto teorija sugestijuoja, jog kadangi Konstitucija buvo iškart pripažinta kaip įstatymas ratifikacijos procesu, turėjo būti pripažinimo taisyklė, – visuotinai pripažinta teorija proceso, per kurį teisės aktai tampa įstatymu, – kurios dėka Konstitucija tapo įstatymu. Tačiau ta taisyklė yra būtent įstatymo už teises idėja (*of a law behind the law*), į kurią apeliavo anas mitinis sprendimas.

Tačiau aš tolstu nuo savo problemos. Jeigu tekstu saistomas teoretikas apeliuoja į kokį nors politinių principų kompleksą, kaip į principus, kurie iš tikrųjų yra įsišaknię amerikiečių tradicijoje, tam, kad pateisintų savo kliovimąsi Konstitucijos „keturiais kampais", jo teorija tampa atvirai interpretacinė plačiąja prasme, kuria šis terminas čia vartojamas. Tačiau tai pasakytina ir tuo atveju, jeigu jis apeliuoja į teisės teoriją, mat bet kokia teisės teorija yra socialinės praktikos, netgi dar sudėtingesnės nei konstitucinė praktika ir apimančios ją, interpretacija – šia plačiąja prasme. Todėl bet koks teiginys apie vietą, kurią mūsų teisinėje struktūroje užima Konstitucija, turi būti pagrįstas teisinės praktikos apskritai interpretacija, o ne Konstitucijos, kokiu nors būdu izoliuotos nuo tos bendros praktikos, interpretacija. Tie mokslininkai, kurie sako, jog jų atramos taškas yra prielaida, jog Konstitucija yra įstatymas, sumenkina savo pačių teorijų sudėtingumą.

Aš nesakau, kad *nėra* akivaizdu, jog Konstitucija yra pagrindinis įstatymas. Mano įsivaizduotas keistas sprendimas, skelbiantis Senatą nelegalų, yra absurdiškas būtent dėl to, kad aiškios Konstitucijos nuostatos mums yra teisiškai nekvestionuotinos. Tačiau taip yra – bent jau dabar – todėl, kad jokia, net minimaliai įtikinama mūsų teisinės praktikos kaip visumos interpretacija negalėtų kvestionuoti Konstitucijos užimamos fundamentalios vietos. Kas nors panašaus į tą ekscentrišką sprendimą būtų buvę šiek tiek įtikimiau pradžioje. (Kaip kad *Marbury v. Madison* bylos sprendimas, įtikinamas tąsyk, būtų tapęs neįtikinamas, jeigu byla būtų buvusi sprendžiama dar po šimto metų.) Tas mitinis sprendimas yra absurdiškas dabar, nes jo siūloma teisinės praktikos interpretacija yra absurdiška dabar. Konstitucijos kaip pagrindinio įstatymo idėja yra tokia neatsiejama nuo

visuotinai priimtų prielaidų, konstituojančių mūsų teisinę tvarką, jog interpretacija, kuri ją neigtų, būtų kažin kokio visiškai kito dalyko interpretacija, nelyginant architektūros stilių interpretacija, anot kurios Šartras, pasirodo, nėra gotikinio stiliaus, arba nelyginant Hamleto interpretacija, kuri ignoruotų Princą.

Tačiau dabar sakys, jog nors visos konstitucinės teorijos yra interpretacinės ta plačiąja prasme, kuria vartojau šią sąvoką, vis tiek esama svarbaus skirtumo tarp tų teorijų, kurios interpretuoja konstitucinę praktiką taip, kad padarytų Konstitucijos Kūrėjų intenciją lemiamos reikšmės, ir tų, kurios jos taip neinterpretuoja. Kai kurios teorijos (taip skelbtų argumentas) laiko, jog geriausia mūsų teisinės praktikos kaip visumos interpretacija reikalauja, kad legislatyvinius sprendimus Teismas atšauktų tik tuo atveju, kai Kūrėjų intencija buvo ta, kad taip turėtų būti daroma; tuo tarpu kitos teorijos, priešingai, mano, jog geriausia interpretacija leidžia Teismui įsikišti, net kai Kūrėjų intencija nebuvo tokia. Vis dėlto mes negalime pasakyti, ar ši perskyra yra svarbi ar netgi – ką ji reiškia, kol aiškiau nesuvokiame, kas per daiktas yra ta Kūrėjų intencija.

Kūrėjų intencija

„Tai, kokia buvo konkretaus kongresmeno ar konstitucinio konvento delegato intencija, kai jis balsavo už tam tikrą konstitucinę nuostatą, dažnai yra problemiškas dalykas, ypač kai ta nuostata yra viena iš miglotesnių, kaip kad vienodos apsaugos arba deramo proceso klauzulė. Kuris nors delegatas galėjo išvis neturėti jokios intencijos tam tikru klausimu arba jo intencija galėjo būti neapibrėžta. Viskas akivaizdžiai tampa dar kebliau, kai mėginame identifikuoti Kongreso arba konstitucinio konvento kaip visumos intenciją, nes tai yra individualių intencijų jungimo į kokią nors visa apimančią grupinę intenciją dalykas. Net kai kiekvienas kongresmenas ar delegatas turi aiškią ir nustatyti galimą intenciją, grupės intencija vis vien gali būti neapibrėžta, mat delegatų, turinčių kokią nors konkrečią intenciją, gali nebūti tiek daug, kad jų intencija būtų institucijos kaip visumos intencija.“

Šitiek argumentų sudaro bendrą pagrindą, siejantį tas besivaržančias mokyklas, kai kalbama apie konstitucinę intenciją. Šią argumentaciją jos plėtoja skirtingai. Viena pusė teigia, jog, nepaisant sunkumų, turi būti dedamos visos pastangos – pasitelkiant istorijos ir analizės teikiamas galimybes – nustatyti, kokia buvo kolektyvinė konstitucijos Kūrėjų intencija ginčijamaisiais interpretacijos klausimais. Jų manymu, kantrus istorinis tyrimas atskleis svarbias ir būtinas žinoti pirmines intencijas. Pastanga yra svarbi bet kuriuo atveju, nes, anot šios mokyklos, teisėjai gali išvengti esminių turinio sprendimų, keliančių pavojų demokratijai, tik šiuo būdu identifikuodami pradinę konstitucinę intenciją. Kita šalis tvirtina, jog bet kokia pastanga atskleisti pradinę kolektyvinę Kūrėjų intenciją pasirodys esanti nevaisinga ar netgi ydinga. Galiausiai bus nustatyta, jog nesama – arba esama labai mažai – privalomų žinoti kolektyvinių intencijų arba galbūt jog esama tik neaiškių kolektyvinių intencijų, o ne turinčių sprendžiamąją reikšmę vienos arba kitos alternatyvos labui, ar galbūt – intencijų, taip prieštaraujančių mūsų dabartiniam teisingumo supratimui, kad galiausiai jos turi būti atmestos kaip netinkami orientyrai suvokti esamai Konstitucijai.

Abi šio ginčo pusės taria, jog Kūrėjų intencija, – jeigu ji apskritai egzistuoja, – yra kažin koks sudėtingas psichologinis faktas, glūdintis istorijoje ir laukiąs, kol bus ištrauktas iš senų brošiūrų, laiškų ir protokolų. Tačiau tai yra didelė paplitusi klaida, nes tokio dalyko kaip Kūrėjų intencija, laukianti, kol bus atskleista, nesama, net iš principo. Veikiau tokio dalyko nėra, kol jis nesukurtas.

Šį griežtą teiginį ginti pradėsiu išdėstydamas savo supratimą, kaip „konstitucinės" intencijos samprata iš tikrųjų funkcionuoja dabartinėje teisinėje praktikoje. Mums bendra prielaida yra ta, jog, pavyzdžiui, kilus ginčui dėl to, ar vienodos apsaugos klauzulė draudžia segreguotas mokyklas, privalu klausti apie tikslus ar įsitikinimus, kuriuos kokia nors prasme turėjo „galvoje" kokia nors grupė žmonių, kokiu nors būdu susijusių su Keturioliktosios pataisos priėmimu, nes šie įsitikinimai ir tikslai kokiu nors būdu turėtų reikšmės sprendžiant, kokią galią vienodos apsaugos klauzulė turi dabar. Mes

sutariame dėl šio bendro teiginio, o šis sutarimas teikia mums tai, ką būtų galima pavadinti konstitucinės intencijos samprata. Tačiau mes nesutariame dėl to, kaip turėtų būti užpildytos šio teiginio tuštumos. Nesutariame, kuria prasme koks nors tikslas turėjo glūdėti tam tikrų žmonių galvose, kuria prasme šie žmonės turėjo būti susiję su tos konstitucinės nuostatos priėmimu, ir taip toliau.

Skirtingos konstitucinės intencijos *koncepcijos* teikia skirtingus atsakymus į šiuos klausimus. Bresto idėja, jog grupinė intencija yra tos grupės narių „intencinio balsavimo" produktas, yra viena tokia koncepcija (jos dalis). „Kolektyvinio supratimo" idėja, kurią svarstau 16-ame skyriuje, galėtų būti panaudota konstruojant kitą, labai panašią koncepciją. Kiekviena iš šių koncepcijų pretenduoja pateikti „teisingą" atsakymą į klausimą, kokia yra konstitucinė intencija. Tačiau tai yra tuštumų, kuriamų bendros sampratos, užpildymo dalykas – politinių sprendimų, o ne geriausio perpratimo, kokia iš tikrųjų yra grupinė intencija, ją suvokiant kaip sudėtingą psichologinį faktą, užpildymo dalykas. Nesama jokio neįveikiamo fakto, – jokios „realios" intencijos, užfiksuotos istorijoje ir nepriklausomos nuo mūsų nuomonių apie deramą teisinę ar konstitucinę praktiką, – kurio atžvilgiu mūsų konstruojamas koncepcijas būtų galima patikrinti tikslumo atžvilgiu. Todėl pirminio konstitucijos supratimo idėja negali būti teisminės peržiūros teorijos pradžios taškas ar pagrindas. Geriausiu atveju ji gali būti tokios teorijos vidurinė dalis, o dalis, kuri eina iki jos, yra ne filosofinė intencijos idėjos analizė, ir juolab ne detalus istorinis tyrimas. Ta dalis – substanciška – ir kontroversiška – politinė moralė.

Turiu stengtis neperspausti šio momento. Aš nenoriu pasakyti, jog prisidengdami intencija galime nenusižengdami prasmingumui teikti bet kokią politinę išvadą, kurią pasirenkame, kaip kad būtų, jeigu, pavyzdžiui, manydami, jog pirmojo konstitucinio konvento delegatai turėjo delegitimuoti vergovę, galėtume pasakyti, jog jie turėjo intenciją tai padaryti, kad ir ką jie sakė ar manė. Konstitucinės intencijos sąvoka yra saistoma tų intencijos sąvokos aspektų, kurie nėra kvestionuojami, kaip sugestijavau nusakydamas tas visuotines prielaidas, kurios mums teikia tą sampratą. Vis dėlto ši samprata

atvira daugeliui ir įvairioms konkuruojančioms koncepcijoms, kaip įsitikinsime, ir jos neliečiami kontūrai neapibrėžia, kurią iš jų yra geriausia pasirinkti.

Taip aš suprantu konstitucinės intencijos sampratos funkcionavimą mūsų jurisprudencijoje. Daugelis konstitucinės teisės specialistų, priešingai, atrodo darą prielaidą, jog legislatyvinės intencijos idėja, įskaitant konstitucinę intenciją, yra taip išsamiai apibrėžta teisinėje praktikoje, jog kai visi reikalingi psichologiniai faktai yra žinomi, negali likti jokios erdvės abejonei ar ginčui apie tai, kokia buvo legislatyvinė ar konstitucinė intencija. Brestas, pavyzdžiui, naujame puikiame straipsnyje remiasi prielaida, jog mums bendra kasdienė ir teisinė kalba teisinių tikslų požiūriu pakankamai išsamiai fiksuoja ryšį tarp asmens išgyvenamų mentalinių įvykių ar nusiteikimų ir jo intencijų.[22] Jis kelia įvairius klausimus apie mero, išleidžiančio potvarkį, draudžiantį transporto priemonėms įvažiuoti į parką, intencijas ir juos svarsto tardamas, jog mes žinome visą to mero mentalinių potyrių istoriją – jog mes žinome viską, kas vyko mero galvoje. Į daugumą savo paties klausimų jis atsako užtikrintai ir nedelsdamas. Ji sako, pavyzdžiui, jog jeigu tas meras niekad nebuvo įsivaizdavęs, jog automobiliai gali būti nuleisti į parką iš sraigtasparnio reklaminės akcijos metu, – jeigu tokio keisto įvykio vaizdas niekuomet nebuvo kilęs jo galvoje, – tai jis tikrai neturėjo intencijos uždrausti mašinoms ten patekti tokiu būdu, net jei tuo atveju, jeigu jis būtų pagalvojęs apie tai, jis būtų uždraudęs šitokį patekimo būdą.

Tai teiginys apie pavienio įstatymų leidėjo intenciją ir, kaip matysime, tokie teiginiai kelia mažiau problemų negu teiginiai apie įstatymų leidėjų kaip grupės intencijas. Tačiau iš tikrųjų nesama net individualios legislatyvinės intencijos visuotinės sampratos, kuri diktuotų išvadą, jog meras turėjo šią intenciją arba – kad jis jos neturėjo, arba netgi kad yra neaišku, ar jis turėjo tokią intenciją ar ne. Tarkime, jog mes, pavyzdžiui, sutinkame su teiginiu, jog jeigu kas nors būtų atkreipęs mero dėmesį į galimybę automobilius nuleisti iš sraigtasparnių, kybančių padangėje, kai jis jau buvo parengęs savo potvarkio projektą, tačiau dar prieš jam jį pasirašant, tas asmuo būtų tikėjęsis,

jog kalba, pavartota įsatymo projekte, neabejojamai draustų tokį reklaminį veiksmą. Tačiau taip pat sutinkame, jog kadangi meras nenorėjo šio rezultato, jis tuo atveju būtų pakeitęs tą įstatymą būtent taip, kad šis leistų automobilius nuleisti iš sraigtasparnio. Ar šitai patvirtina, jog galiausiai jo intencija buvo uždrausti automobilius nuleisti iš sraigtasparnių? Ar kad šitai nebuvo jo intencija? Ar kad šiuo atžvilgiu jo intencija buvo neaiški?

Apsvarstykime štai kokius tris argumentus: (1) pagarbos įstatymų leidėjo intencijoms – kai žodžiai, kuriuos jis vartojo, įgalina įvairias interpretacijas – tikslas yra užtikrinti, kad nebūtų uždrausta tai, ko jis nenorėjo uždrausti, o iš kontrafaktinio įrodymo mes žinome, jog meras norėjo neuždrausti automobilius nuleisti iš sraigtasparnio. (2) Pagarbos įstatymų leidėjo intencijoms tikslas tokiu atveju yra užtikrinti, kad jo žodžiai būtų perskaityti ta reikšme ar prasme, kuria jis juos vartojo ir tikėjosi būsiant suprastus, o kontrafaktinis įrodymas rodo, jog meras šiais žodžiais norėjo išreikšti savo norą uždrausti neįprastą automobilių patekimą į parką. (3) Pagarbumo šioms intencijoms tikslas yra sudėtingas; jis apima tiek siekį, kad jo žodžiai būtų suprantami ta prasme, kurią jis turėjo omenyje, tiek – kad nebūtų uždrausta tai, ko jis nenorėjo uždrausti. Paprastai šie du tikslai diktuoja tokį patį rezultatą, tačiau kontrafaktinis įrodymas rodo, jog čia jie reikalauja priešingų rezultatų, tad turėtume sakyti, jog mero intencija buvo neaiški.

Šie trys argumentai teikia tris skirtingas (dalines) pavienio įstatymų leidėjo legislatyvinės intencijos teorijas. Pirmasis teigia, jog legislatyvinė intencija apibrėžia tai, ko įstatymų leidėjas būtų norėjęs kaip savo akto teisinio rezultato, jeigu būtų pagalvojęs apie tą problemišką atvejį; antrasis – jog ją apibrėžia tai, ko jis būtų tikėjęsis kaip rezultato tuo atveju; o trečiasis – jog ją apibrėžia ir tai, ko jis būtų norėjęs, ir tai, ko būtų tikėjęsis. Nė vieno iš šių trijų argumentų teisinė lingvistinė konvencija nei aprobuoja, nei pašalina, juo labiau nė vieno iš jų neaprobuoja ir nepašalina bet kokia kasdienės kalbos sąvoka besiremianti intencijos samprata. Jie yra konkuruojančios tos sampratos koncepcijos, naudojamos teisėje, ir tai, kuri iš jų pasiren-

kama, priklauso – kaip sugestijuoja argumentai už kiekvieną iš jų – nuo bendresnių teisės ir politinės teorijos pozicijų. Brestas klysta tardamas, jog esama tik vieno vienintelio įtikinamo atsakymo, reikalaujamo tam tikros visuotinai pripažįstamos intencijos sampratos, – atsakymo, kokia buvo mero intencija šiuose pavyzdžiuose. (Jo argumentą pasitelkiu kaip pavyzdį tik dėl to, kad jis yra neįprastai diskriminatyvus ir rafinuotas. Mažne kiekvienas, rašantis apie konstitucinę intenciją, daro panašią „fakto dalyko" prielaidą.) Įvairių Bresto klausimų apie merą pamoka yra – kitaip nei mano jis pats – ne ta, jog mūsų intencijos samprata turi keistų pasekmių, kai ji paverčiama įstatymų ar konstitucijos interpretacijos teorijos centru, o ta, kad mes iš viso neturime jokios fiksuotos sampratos, pajėgios atlikti šį vaidmenį.

Bresto klausimai aprašo sprendimus, kuriuos reikia padaryti plėtojant legislatyvinės ar konstitucinės intencijos sampratą politinės teorijos keliu. Tarkime, jog geriausia reprezentatyvios valdžios teorija skelbia, jog įstatymas apima visus tuos atvejus, kuriuos apimti būtų norėjęs jį išleidžiantis meras, jeigu būtų apie juos pagalvojęs (net jei jis apie juos visus nepagalvojo ar net detaliai nepagalvojo apie nė vieną iš jų) – bet tik su ta sąlyga, jog galima teigti, kad įstatymo kalba, kaip kalba, yra pakankamai plačios reikšmės, kad apimtų tuos atvejus. Mes galėtume perteikti šią išvadą pritaikydami pirmąją iš trijų ką tik aprašytų legislatyvinės intencijos koncepcijų. Tačiau klystume sakydami, jog mūsų teorija apie tikrąją įstatymo apimtį kyla iš mūsų nepriklausomos intencijos teorijos. Argumentas yra kaip tik priešingas.

Iki šiol svarstėme tik individualios intencijos klausimą. Tačiau konstitucinė teorija reikalauja grupinės intencijos, kaip to, kas skiriasi nuo individualios intencijos, idėjos, o tai, jog mes neturime jokios fiksuotos grupinės intencijos sampratos, kuri Kūrėjų intenciją laikytų paprasčiausiai gryno istorinio fakto dalyku, – fakto, kurį atskleidžiame paprasčiausiai nustatydami viską, kas vyko jų galvose, – atrodo dar akivaizdžiau. Tolesniuose skirsniuose pamėginsiu pagrįsti šį teiginį parodydamas, jog nesama jokio neišvengiamo ar natūralaus atsakymo į klausimą, kurie individualių mentalinių būklių aspektai yra relevantiški grupinei intencijai, arba į tolesnį klausimą,

kaip tos mentalinės būklės, kurios yra relevantiškos, turėtų būti kombinuojamos siekiant gauti grupės intenciją.

Tačiau pirma turiu pripažinti, jog mano bendras argumentas reikalauja dar vieno, paskutinio patikslinimo. Nors konstitucinės intencijos samprata yra ginčijama samprata, teisinė praktika vis tiek galėtų išspręsti – susitarimo būdu – kai kuriuos šios sampratos aspektus, kuriuos ana palieka atvirus, – tuomet konstitucinė intencija tampa iš dalies techniniu terminu. 16-ame skyriuje iškeliu prielaidą, jog mūsų teisinė praktika iš tikrųjų susiaurino legislatyvinės intencijos sampratą šiuo būdu. Teisinė konvencija reikalauja, pavyzdžiui, kad pareiškimai, padaryti komiteto ataskaitoje, lydinčioje eilinį kongreso įstatymą, galiausiai būtų įgyvendinami kaip tam tikra oficialios grupės intencijos išraiška, kartu su pačiu įstatymu. Tačiau taip pat pabrėžiu, jog ši konvencija daug klausimų apie legislatyvinę intenciją palieka atvirus, taigi palankius konkuruojančioms tos sampratos koncepcijoms. Kad ir kaip ten būtų, akivaizdu, jog nesama jokios taip pat išplėtotos konvencijos apie konstitucinę intenciją. Pavyzdžiui, nesama nei konvencijos, susaistančios įvairius fragmentus federalistų dokumentuose (*the Federalist Papers*) su pačia Konstitucija, nei konvencijos, paneigiančios tokią sąsają. Priešingai: konstitucinė praktika, kitaip nei legislatyvinė praktika, pati savaime nei automatiškai atmeta, nei apima dalykus, kuriuos istorikas gali laikyti reikšmingais nustatant Konstituciją kūrusiųjų intenciją. Šiaip ar taip, tie, kurie tvirtina pradinės intencijos svarbą, vargu ar gali apeliuoti į bet kokią šitokią konvenciją. Jie sako, jog Aukščiausiasis teismas sistemingai ignoravo Kūrėjų intenciją, todėl jie negali tarti, jog Teismo praktika įtvirtino konvenciją, įgalinančią apibrėžti tą intenciją.

Pradinės intencijos aiškinimas

Šiame skirsnyje turime apsvarstyti įvairias galimybes, prieinamas teisininkui, kuriančiam ar aiškinančiam konstitucinės intencijos koncepciją. Galėtume pradėti bendra perskyra tarp grynai psichologinių koncepcijų ir tų, kurias vadinsiu mišriomis koncepcijomis. Anot grynos

psichologinės koncepcijos, konstitucinę intenciją konstituoja tik tam tikri mentaliniai įvykiai arba polinkiai, arba kitos psichologinės identifikuotų individų, tokių kaip kongresmenai ar konstitucinio konvento delegatai, būklės. Tuo tarpu anot mišrios koncepcijos, konstitucinę intenciją iš dalies konstituoja tam tikri „objektyvesni" elementai, pavyzdžiui, „natūralus" dokumento supratimas. Arba – pagal kitokią versiją – vertybių ar tikslų kompleksas, kuriuos dokumento, imamo kaip visuma, schema presuponuoja arba remia. Arba reikšmė, kurią mąslus ir reflektyvus bendruomenės narys priskirtų ar turėtų priskirti dokumentui. (Tai tik galimų mišrios koncepcijos formų pavyzdžiai.) Mišriose koncepcijose psichologinės būklės figūruos, tačiau istorija jomis nesibaigs.

Mano perskyra tarp psichologinių ir mišrių konstitucinės intencijos sampratų yra labai bendra; esama daug skirtingų abiejų rūšių versijų, ir bet kuri konkreti versija turi atsakyti į daugelį klausimų, kuriuos palieka atvirus bendroji deskripcija. Pamėginsiu apibendrintai nurodyti, kokie yra šie tolesni klausimai. Aprašysiu juos tokius, kokie kiltų tam, kuris mėgina konstruoti psichologinę koncepciją, nors, manau, bus akivaizdu, jog klausimų, su kuriais jis susidurtų konstruodamas mišrią koncepciją, nebūtų mažiau ir jie nebūtų lengvesni.

Kieno intencija yra paisytina? Psichologinės koncepcijos privalo identifikuoti – iš pradžių – individus, kurių psichologinės būklės turėtų būti laikomos atsižvelgtinomis. Kas tai bus konstitucinės bylos atveju – pirmojo konvento delegatai ir kongresų nariai, inicijavę tas įvairias pataisas? O gal visi delegatai ar nariai, įskaitant tuos, kurie balsavo prieš? Ar kai kurių iš jų psichologinės būklės – pavyzdžiui, tų, kurie kalbėjo arba dažniausiai kalbėjo debatuose – svarbesnės negu kitų? O kaip dėl psichologinių būklių tų, kurie dalyvavo ratifikacijos procese? Arba žmonių kaip visumos psichologinių būklių, arba psichologinių būklių tų iš jų, kurie dalyvavo viešuosiuose debatuose, arba kurie skaitė pateisinamuosius dokumentus, kai šie buvo priimti? Ar paisytinomis laikytinos tik psichologinės būklės tam tikru konkrečiu momentu istorijoje? Ar vis dėlto tas procesas yra dinamiškesnis, tad svarstant

atsakymą turėtų figūruoti vėlesnės psichologinės būklės? Jei taip – kieno? Aukščiausiojo teismo teisėjų? Kongresmenų, kurie būtų galėję stumti tas pataisas, tačiau, kadangi Konstituciją suprato tam tikru būdu, to nepadarė? Visuomenės sluoksnių, kurie turėjo susiformavusias tam tikras pažiūras į konstitucijos galią, užtikrinančią jų saugumą tam tikrais būdais, ir todėl priėmė tam tikrus politinius sprendimus, galbūt įskaitant sprendimą nesiekti tų pataisų? Jeigu kuri nors iš šių grupių nelaikytina paisytina, tai kodėl? Šaukti „demokratija" – ar net ją keiksnoti – nėra atsakymas, kaip įsitikinsime.

Nelaimei, teisininkai naudoja įvairius intelektinius trankvilizatorius, siekdami save įtikinti, jog jie atsakė bent į kai kuriuos iš šių klausimų, nors jie ir neatsakė. Tai paprastai yra personifikacijos, pavyzdžiui, tokia, kokią aptinkame frazėje „Kongreso intencija". Konstitucinės teisės specialistai po ranka visada turi dar pavojingesnę personifikaciją, reiškiamą baisios frazės „Kūrėjai" (*the Framers*). Tie, kas menkai susipažinę su konstitucine teise, gali nenutuokti, kaip dažnai konstitucinės teisės specialistai naudojasi ta fraze. Aš esu skaitęs be galo daug straipsnių, kuriuose daugybė puslapių skiriama stropiam svarstymui, kokia buvo „Kūrėjų" intencija kokiu nors klausimu, nė nemėginant nurodyti, kas gi pagaliau tie žmonės buvo – ar yra – ir kodėl.

Kokia psichologinė būklė: viltys ir lūkesčiai? Čia ir palikime klausimą, kurių asmenų intenciją reikia laikyti paisytina. Keltinas kitas klausimas: su kokiais mentaliniais įvykiais ar kitomis psichologinėmis būklėmis čia turime reikalų. Aptardami Bresto kasdienės kalbos sąvoka grindžiamas prielaidas apie intenciją, pažymėjome tam tikrą galvosūkį dėl individualios intencijos. Ar mus domina vien įstatymų leidėjo lūkesčiai, nukreipti į tai, ką tam tikras įstatymas padarys teisės labui, ar taip pat ir jo pažiūros į šiuos lūkesčius? Filosofai (konkrečiai Paulas Grice'as)[23] išplėtojo svarbią „kalbėtojo intencijos" analizę, t. y. analizę to, ką vartodamas sakinį turi omenyje kalbėtojas, atskiriant tai nuo to, ką tas sakinys reiškia abstraktesne prasme. Kalbėtojo intenciją apibrėžia tai, kokio savo intencijos supratimo kalbėtojas

tikisi iš klausytojo. (Ši įžymiosios Grice'o analizės formuluotė ignoruoja svarbius jos subtilumus ir sudėtingybes.)

Įprastu atveju kalbėtojo lūkesčiai sutampa su jo viltimis dėl to, kaip jis bus suprastas. Jeigu sakau, jog mėnulis yra mėlynas, tikėdamasis, kad jūs suprasite, jog aš tikiuosi, kad tai suprasite tam tikra prasme, taip darau dėl to, jog noriu, kad jūs suprastumėte tai šitaip. Tačiau kas nors gali vartoti žodžius numatydamas, jog jie bus suprasti taip, kad lems pasekmes, kurias jis laiko nepriimtinomis. Pavyzdžiui, jis galėjo nereflektuoti visų implikacijų žodžių, suprantamų būtent ta prasme, kuria jis tikėjosi juos būsiant suprastus. Tokioje pozicijoje buvo meras mano Bresto pavyzdžio aprašyme. Analizuodamas tą pavyzdį sakiau, jog tokiu atveju galbūt turėtume rinktis arba kalbėtojo intenciją, jo lūkesčius Grice'o apibrėžta prasme, arba jo viltis.

Įprastesniu atveju, kai įstatymų leidėjas balsuoja kaip vienas legislatyvinio korpuso narys, jo kalbėtojo intencija ir jo viltys gali nesutapti tam tikru būdu, kurį jis visiškai suvokia, ne tik vėliau, kaip mero atveju, bet net tuo momentu, kai balsuoja. Tarkime, jog jis balsuoja už Keturioliktąją pataisą kaip visumą, nes turi tik galimybę balsuoti už arba prieš ją kaip paketą. Jis tikisi, jog pataisa bus suprantama kaip panaikinanti mokyklų segregaciją, tačiau tai jam atrodo labai apgailestautina ir jis viliasi, kad ji nebus taip suprasta. Arba tarkime, jog jis balsuoja už ją pirmiausia dėl to, kad viliasi, jog ji bus suprasta kaip panaikinanti segregaciją, tačiau baiminasi ir, atsižvelgęs į viską, mano, kad ji nebus šitaip suprasta. Kai turime įskaityti jo individualią legislatyvinę intenciją, nustatinėdami grupės intenciją kaip visumą – ar žiūrėsime į jo lūkesčius (kaip juos apibrėžia Grice'as), nukreiptus į tai, kaip tekstas greičiausiai bus aiškinamas? Ar turime žiūrėti į jo viltis, kurios gali būti kitokios? Galbūt visa legislatūra tikėjosi, jog pataisa bus suprantama tam tikru būdu, tačiau dauguma (sudaroma tų, kurie balsavo prieš, ir tų, kurie balsavo už ją, nors būtų atidavę pirmenybę tam, kad ji nesukeltų tų padarinių, kuriuos jie numatė ją sukelsiant) vylėsi, jog ji bus suprasta kitaip. Kokia tuomet yra legislatyvinė intencija?[24]

Nenoriu pasakyti, kad kai lūkesčiai ir viltys nesutampa, pirmeny-

bę dera atiduoti jo viltims arba kad pirmenybė teiktina kongresmenų lūkesčiams, – tik teigiu, jog reikia apsispręsti. Taip pat reikia padaryti kitus panašaus pobūdžio sprendimus. Ar mūsų atsakymai turėtų būti kitokie, kai mūsų minimasis kongresmenas (ar kitas asmuo) yra tas, kuris prieštaravo tam aktui, jei tariame, jog tokių žmonių intencija iš viso laikytina atsižvelgtina? Ar visi kongresmeno lūkesčiai (arba viltys, arba būgštavimai) laikytini atsižvelgtinais – gal tik tie, kurie yra kokiu nors būdu konstituciškai išreikšti? Tarkime, jog vienintelė mūsų turima liudijamoji medžiaga, rodanti, kokia buvo kongresmeno nuomonė dėl to, ko bus pasiekta tam tikru įstatymu, yra jo pokalbis su žmona prie pusryčių stalo. Ar į tai derėtų atsižvelgti? Kodėl ne? Dėl įrodomumo motyvų? Ar dėl to, kad mus domina tik tai, kokia buvo jo psichologinė būklė, jam esant tam tikrose patalpose arba kai jis buvo apsuptas kolegų? Ar dėl to, kad galiausiai mus domina ne tik jo psichologinė būklė? Pastaruoju atveju mūsų teorija tampa mišri.[25]

Kokia psichologinė būklė: negacija ir delegacija? Bet kokia praktiška konstitucinės intencijos koncepcija privalo turėti poziciją negacijos ir delegacijos klausimais, kurie yra susiję. Žinoma, esama skirtumo tarp atvejo, kai kongresmenas neturi intencijos, kad tam tikras įstatymų leidybos aktas turėtų tam tikrą efektą, ir to atvejo, kai jis turi intenciją, kad jis nelemtų to efekto. Tačiau šis skirtumas nėra pakankamai suvoktas konstitucinėje teorijoje, nes paplitusi prielaida skelbia, jog jeigu įstatymų leidėjas neturi nei vienos, nei antros iš tų intencijų, tai jis turi turėti trečią intenciją, būtent tą, kad dalyką jis palieka spręsti ateityje kitiems, įskaitant teismus kaip iškiliausią veikėją. Perry pateikiamas šios prielaidos išsakymas man atrodo reprezentatyvus. Jis sako:

> Jeigu Kūrėjai mąstė apie P, ... jie arba turėjo intenciją, kad klauzulė draustų P, arba jie neturėjo tokios intencijos. Jeigu jie jos neturėjo, klausimą, ar klauzulė turėtų būti laikoma draudžiančia P, jie arba paliko spręsti ateityje, arba jie turėjo intenciją, kad klauzulė

nedraustų P. Tačiau ir vėl: nesama jokių įrodymų, jog svarbių galias ribojančių provizijų Kūrėjai turėjo intenciją, kad jos būtų atviros normos.[26]

Ši intencijos struktūros analizė atveria tris reikšmes: Kūrėjas gali turėti arba intenciją drausti, arba intenciją nedrausti, arba intenciją palikti dalyką atvirą, deleguojant sprendimą kitoms institucijoms. Perry, remdamasis šia trireikšme struktūra, daro išvadą, jog Keturioliktosios pataisos Kūrėjai turėjo intenciją neuždrausti segreguotų viešųjų mokyklų, nes nesama jokių įrodymų, kad jie turėjo kurią nors iš kitų dviejų intencijų.

Tačiau ši analizė nepalieka vietos galimybei, jog visi trys pozityvūs teiginiai yra klaidingi. Pagal daugelį įprastų intencijos koncepcijų jie visi galėtų būti neteisingi, net kai Perry sąlyga yra patenkinta, t. y. net tuo atveju, kai asmenys, kurių intencijos mums rūpi, „mąstė" (kuria nors prasme) apie rūpimąjį dalyką. Perry taria, jog kongresmenai, svarstę Keturioliktąją pataisą, būtinai turėjo „pagalvoti" apie klausimą, ar ta pataisa panaikina viešųjų mokyklų segregaciją, nes kai jie diskutavo, segreguotos viešosios mokyklos buvo juos supančios tikrovės dalis. Tačiau tarkime, jog koks nors kongresmenas niekuomet nė nenutuokė, jog pataisa turės tokį efektą; ta mintis niekuomet neatėjo jam į galvą. Ar vakuumas – net neidentifikuotas klausimas – yra numatomojo apmąstymo modusas? Šiaip ar taip, iš to tikrai negalima daryti išvados – kaip jau pažymėjome, – jog kongresmenas, kuris niekuomet nenutuokė, kad pataisa pakirs mokyklų segregaciją, turėjo intenciją, kad ji to nepadarytų.

Tarkime, jog kongresmenas apie tokią galimybę galvojo aktyvesniu būdu. Tarkime, jog jis kalbėjo su savimi maždaug štai kaip: „Klausiu, kaip Aukščiausiasis teismas spręs segreguotų mokyklų klausimą, kai bus iškelta tokia byla, o vieną dieną ji turės būti iškelta. Mano galva, esama štai kokių alternatyvų. Teisėjai gali manyti, jog kadangi mūsų intencija buvo uždrausti diskriminaciją su fundamentaliais interesais susijusiuose dalykuose, jie privalo nuspręsti, ar edukacija yra išties fundamentalaus intereso dalykas. Arba jie gali manyti, kad

turėtų vadovautis mūsų specifiškesnėmis intencijomis dėl segreguotų mokyklų, o tokiu atveju jie gali mėginti nuspręsti, ar dauguma mūsų aktyviai manėme, jog mūsų priimama klauzulė draus segregaciją. Arba jie gali manyti, kad to, ką padarėme, efektas yra tas, jog klausimas buvo deleguotas šviežiai spręsti jiems patiems kaip politinės moralės klausimas, kad jie turėtų galią patys spręsti, ar, atsižvelgiant į viską, būtų geriau leisti ar drausti segregaciją. Aš viliuosi, jog jie nepasirinks pastarosios alternatyvos, nes, mano manymu, teismai turi nuspręsti, ką mes padarėme, o ne ko jie patys nori. Tačiau nežinau, koks yra teisingas atsakymas į klausimą, ką mes padarėme. Tai priklauso nuo naudojamos konstitucinės intencijos koncepcijos korektiškumo, o kadangi nesu konstitucinės teisės specialistas, šito nesu giliau apmąstęs. Aš pats, tiesą sakant, taip pat neturiu kokių nors ypatingų nuostatų, palankių vienai arba kitai alternatyvai, segreguotų mokyklų klausimu. Apie tai taip pat nesu giliau susimąstęs."

Tai realistinis konkrečių įstatymų leidėjų pozicijos daugeliu klausimų aprašymas. Tačiau trijų reikšmių schema, pasiūlyta Perry ir presuponuojama daugelio kitų komentatorių, yra tiesiog neadekvati tos poezijos akivaizdoje. Mano aprašomas įstatymų leidėjas neturi nė vienos iš tų intencijų (vartojant šį žodį bet kuria įprastine reikšme), kurias Perry pateikia kaip išsamų galimų intencijų sąvadą.[27] Tačiau Perry galėtų sukonstruoti tokią konstitucinės intencijos koncepciją, kuri įgalintų jo formuluojamą išvadą. Jis galėtų nustatyti tam tikrą savo koncepcijos užsklandą, paskelbdamas reguliatyviu principu nuostatą, jog jeigu kuris nors konstitucinio proceso dalyvis neturėjo intencijos kokiu nors būdu apriboti federacinę ar valstijos legislatyvinę galią arba turėjo intenciją deleguoti šį sprendimą kitiems, tai laikytina jį turėjus intenciją neriboti tos galios. Ši užsklanda užtikrintų „plyšių" nebuvimą bet kurio pavienio asmens teisės akto intencijos schemoje. Čia negaliotų prieštaravimas, jog šitaip nukrypstama nuo kasdienės „intencijos" termino vartosenos. Juk koncepciją konstruojame tam tikram tikslui. Tačiau ir vėl: toks sprendimas reikalauja pateisinimo.

Kokia individualių intencijų kombinacija? Visomis šiomis perskyromis ir komentarais buvo siekiama identifikuoti žmones, kurių psichologinės būklės laikytinos atsižvelgtinomis grynai psichologinėje konstitucinės intencijos koncepcijoje, ir apibrėžti psichologinę šių žmonių būklę, kuri laikytina atsižvelgtina. Tačiau tokia koncepcija taip pat turi numatyti šių būklių funkciją, kuri turi įgalinti nustatyti konstitucinę „Kūrėjų" kaip grupės intenciją, mat šios psichologinės būklės kiekvieno asmens atveju skirsis, kai kuriais atvejais – radikaliai. Ar turėtume laikytis pažiūros, kurią galima pavadinti „daugumos intencijos" perspektyva – pažiūros, tvirtinančios, jog konstitucinė intencija turi būti tam tikro poklasio – apibrėžiamo (kiekybiškai, tačiau apytikriai) kaip rūpimo gyventojų kontingento „didžioji dalis" ar „dauguma" – kiekvieno nario aktualių intencijų kompleksas? (Tai implikacija Bresto „intencinio balsavimo" teorijos apie tai, kaip individualios intencijos sudaro grupinę intenciją. Tačiau ir vėl: jis klysta manydamas, kad šį pasirinkimą mums padiktuoja kokia nors fiksuota grupės intencijos samprata.) Tuo atveju galėtume dažnai tikėtis nerasti apskritai jokios kolektyvinės intencijos svarbiais klausimais, nes net tie žmonės, kurių psichologinės būklės orientuoja ta pačia kryptimi kokiu nors klausimu, gali pakankamai skirtis ir dėl to jokia konkreti jokio paskiro asmens nuomonė – pavyzdžiui, nuomonė apie tai, ką būtent vienodos apsaugos klauzulė turėtų drausti, – nepadiktuos reikiamo pritariamų balsų kvorumo. Jeigu daugumos intencijos koncepciją susietume su mano parašytuoju negatyviu užsklandos reikalavimu, tai bendras galutinis efektas išties galėtų būti tas, jog pradinės konstitucinės intencijos požiūriu beveik niekas negali būti nekonstituciška.

O gal mums verčiau rinktis kokią nors „reprezentatyvios intencijos" perspektyvą, anot kurios konstitucinė intencija yra tam tikra sudėtinė intencija, ne pernelyg skirtinga nuo bet kurio įstatymų leidėjo aktualios intencijos, tačiau neidentiška nė vieno iš jų intencijai? (Galėtume apie ją galvoti kaip apie intenciją kokio nors mitinio ar vidurkinio, ar tipiško įstatymų leidėjo – tuo pačiu būdu, kuriuo sociologas, aiškinantis kokios nors bendruomenės „populiarią moralę", galėtų aprašyti kompleksą pažiūrų, kurių visų drauge nesilaiko

niekas.) Akivaizdu, jog šis pasirinkimas suteiks daugiau galios sprendimo galiai (taigi paliks daugiau erdvės neempiriniam nesutarimui), tačiau jis įgalins nustatyti platesnę pozityvią intenciją – taigi mažiau galios liks bet kokiai pridėtai užsklandos taisyklei.

Abstrakčios ir konkrečios intencijos

Aš nenagrinėsiu šių įvairių klausimų, kuriuos suponuoja mėginimas sukurti konstitucinę intenciją: jie yra akivaizdūs ir akivaizdžiai svarbūs, tačiau į juos retai atsakoma – jie netgi retai pripažįstami – pastarojo meto akademiniuose debatuose. Tačiau išsamiau aptarsiu vieną ypatingą ir galbūt ne tokią akivaizdžią problemą. Įsivaizduokite kongresmeną, kuris balsuoja už įstatymą, skelbiantį prekybą varžančius susivienijimus nelegalius, – kongresmeną, kurio psichologinė būklė yra štai kokio pobūdžio. Jis mano, jog susivienijimai, varžantys prekybą, turėtų būti uždrausti, ir būtent dėl to, bendrąja prasme, jis balsuoja už tą įstatymą. Tačiau jis taip pat yra įsitikinęs, jog numatomas susijungimas chemijos pramonėje nevaržo prekybos, ir puoselėja lūkestį, jog joks teismas nenuspręs, kad jis varžo prekybą. Kokia yra jo „legislatyvinė intencija" šio susijungimo atžvilgiu?

Turime atskirti skirtingus abstrakcijos lygmenis, kuriais galėtume aprašyti šią intenciją. Galėtume sakyti, jog jo intencija yra uždrausti visokius susivienijumus, kurie iš tikrųjų varžo prekybą, arba kad jo intencija yra nedrausti susijungimo chemijos pramonėje. Pirmasis nusakymas yra gana abstraktus jo intencijos perteikimas, atitinkantis žodžius, už kuriuos jis balsavo. (Arba, tą pačią mintį formuluojant kitaip – perteikia jo abstrakčią intenciją.) Antroji formuluotė yra kur kas konkretesnė (arba daug konkretesnės intencijos teiginys), nes ji paiso ne tik tų žodžių, bet ir jo paties įsitikinimų apie deramą jų taikymą.[28] Ne tas pat, kurį iš šių dviejų nusakymų laikome tinkamą savo legislatyvinės intencijos koncepcijai. Jeigu pasirenkame abstraktųjį nusakymą, tai teisėjai, kurie mano, jog susijungimas chemijos pramonėje išties varžo prekybą, manys, jog uždrausdami ją, jie rodo ištikimybę to kongresmeno intencijoms. Jeigu pasirenkame

konkrečiąją formuluotę, tai susijungimo uždraudimas frustruos jo intenciją, nepriklausomai nuo to, varžo ar nevaržo tas susijungimas prekybą. Kurią turėtume pasirinkti?

Šis klausimas kyla ir konstituciniame kontekste. Tarkime, jog kongresmenas balsuoja už pataisą, reikalaujančią „vienodos apsaugos", nes mano, jog valdžia turėtų traktuoti žmones kaip lygius ir kad šitai reiškia netraktuoti jų skirtingai jų fundamentalių interesų atžvilgiu. Jis mano, pavyzdžiui, jog klauzulę, už kurią jis balsuoja, pažeistų baudžiamieji įstatymai, numatantys skirtingas bausmes juodaodžiams ir baltiesiems, kaltinamiems tuo pačiu nusikaltimu, nes mano, kad teisinė atsakomybė, užtraukianti bausmę, susijusi su fundamentaliu interesu. Tačiau taip pat jis mano, jog skirtingos ir nevienodos viešosios mokyklos nepažeistų tos klauzulės, nes edukacijos jis nelaiko fundamentaliu interesu. Ir vėl galime atskirti abstrakčią ir konkrečią jo intencijos formuluotę. Pagal pirmąją, jo intencija yra ta, jog tas interesas, kuris išties yra fundamentalus, yra gintinas, tad jeigu teismas pats yra įsitikinęs, jog edukacija yra (ar galbūt tapo) fundamentalus interesas, tas teismas turi manyti, jog jis tarnauja kongresmeno intencijai, delegitimuodamas segregaciją. Tačiau pagal antrąją, konkrečią formuluotę, kongresmeno intencija yra apginti tai, kas, jo paties supratimu, yra fundamentalus interesas, ir teismas, kuris panaikina segregaciją, veikiau oponuoja nei tarnauja jo intencijai.

Vienas iš būdų pateikti šią perskyrą, kurią esu naudojęs kitomis progomis, dera su ką tik naudotuoju konstitucinio, bet ne kongreso sprendimo pavyzdžiu. Kai į sceną įžengia tokios frazės kaip „deramas procesas" arba „vienoda apsauga", įstatymų leidėjo arba delegato intenciją galime aprašyti abstrakčiai, kaip norą įgyvendinti teisingumo ar lygybės „sampratą", arba konkrečiai, kaip norą suteikti galią savo konkrečiai tų sampratų „koncepcijai".[29] Mano ankstesnė šios perskyros vartosena, šiais terminais, susilaukė nemažai kritikos.[30] Šie kritikai, mano galva, daro svarbią klaidą; tačiau, ko gero, aš būsiu paskatinęs šią klaidą kai kuriais iš pavyzdžių, kuriais iliustravau, kaip perskyra tarp sampratų ir koncepcijų veikia kasdienėje kalboje.[31] Jie suponuoja, jog bet kuris konkretus kongresmenas, balsavęs

už Keturioliktąją pataisą, turėjo arba abstrakčią, arba konkrečią intenciją – jog jis arba turėjo intenciją uždrausti aktus, skirtingai traktuojančius žmones to, kas iš tiesų yra jų fundamentalūs interesai, atžvilgiu, arba turėjo intenciją uždrausti aktus, skirtingai traktuojančius žmones to, ką jis laiko jų fundamentaliais interesais, atžvilgiu – tačiau ne abi intencijas iš karto, ir kad tai, kurią iš šių intencijų jis turėjo, yra aiškaus istorinio fakto dalykas.[32] Tačiau abu šie teiginiai apie jo intenciją yra teisingi, nors skirtingais abstrakcijos lygmenimis, tad klausimas, kylantis konstitucinei teorijai, yra ne tas, kuris teiginys yra istoriškai tikslus, o kurį teiginį naudoti konstruojant konstitucinės intencijos koncepciją.

Šis pasirinkimas yra milžiniškos svarbos. Jeigu pasirenkamas abstraktus teiginys, kaip deramas pradinės intencijos aiškinimosi modusas ar lygmuo, tai substantyvius politinės moralės sprendimus teisėjai turi priimti ne „Kūrėjų" padarytų sprendimų vietoje, o veikiau siekdami pasitarnauti tiems sprendimams. Tuomet „intencionalistų" siūlomas daug prakaito reikalaujantis istorinis tyrimas, turintis nustatyti konkrečių aštuonioliktojo ir devynioliktojo amžiaus valstybės veikėjų intencijas, tėra beprasmiškas laiko švaistymas. Intencionalistai galėtų apginti savo konkrečios intencijos pasirinkimą nebent apeliuodami į kokią nors kontroversišką reprezentatyvios demokratijos teoriją ar kokią kitą politinę teoriją, kuri konkrečioms įstatymų leidėjų intencijoms teikia sprendžiamąją reikšmę interpretacijoje. Tačiau ši strategija pamintų jų pačių teiginį, jog pradinės intencijos turinys yra išskirtinai istorijos, o ne politinės teorijos dalykas. Ar jie gali apginti savo konkrečios intencijos pasirinkimą kokiu nors neutralesniu, grynai istoriniu būdu, surinkdami daugiau informacijos apie mentalinį delegatų ar kongresmenų gyvenimą? Manau, kad ne, tačiau apsvarstysiu tam tikrus būdus, kuriais tai gali būti mėginama padaryti.

Dominuojanti intencija Gali pajusti pagundą sakyti, jog jeigu kas nors turi abstrakčią ir konkrečią intenciją, viena iš šių intencijų turi būti dominuojanti – viena turi būti kitos variklis. Neabejotina, jog yra atvejų, kai ši perskyra yra išties prasminga. Tarkime, jog konstitucinio

konvento delegatas yra priešiškas psichiatrijai ir mano, jog leidimas psichiatrams liudyti baudžiamuosiuose procesuose, – praktika, iš kurios jie pelno dideles pajamas, – pažeidžia deramą teisės procesą. Jeigu jis balsuoja už deramo proceso klauzulę, galime prasmingai paklausti, ar jo dominuojanti intencija buvo uždrausti deramo proceso pažeidimus, ar – suduoti smūgį psichiatrams, ir spręsdami, kuri intencija buvo dominuojanti, galime pasistūmėti į priekį pasitelkę kontrafaktinį klausimą. Jeigu jo deramo proceso koncepcija būtų buvusi kitokia ir jis būtų manęs, kad leidimas psichiatrams liudyti nepažeidžia deramo proceso, ar jis vis tiek būtų balsavęs už tą klauzulę? Jeigu ne, tai jo motyvas balsuoti už ją buvo suduoti smūgį psichiatrams. Jo dominuojanti intencija buvo atakuoti psichiatrus, atimant iš jų progas gauti honorarus; deramo proceso pažeidimų uždraudimas buvo tik išvestinė ir instrumentinė intencija.

Žinoma, perskyra tarp dominuojančių ir išvestinių intencijų turi funkcionuoti kitaip, kai konkreti įstatymų leidėjo intencija yra negatyvi intencija neuždrausti tam tikro dalyko. Deramas kontrafaktinis klausimas tuomet yra šis: jeigu jo įsitikinimas būtų buvęs kitoks ir jis būtų manęs, jog ši nuostata uždraus tai, ko jis faktiškai tikėjosi neuždrausti, ar jis, nepaisant to, vis tiek būtų balsavęs už tą nuostatą? Jeigu mūsų kongresmenas, pavyzdžiui, būtų laikęsis kitokios lygybės koncepcijos ir manęs, jog segreguotos mokyklos pažeidžia vienodos apsaugos klauzulę, ar jis vis tiek būtų norėjęs pareikalauti iš valdžios paisyti lygybės?

Galime rasti priežasčių manyti, jog tokiomis aplinkybėmis koks nors kongresmenas nebūtų balsavęs už vienodos apsaugos klauzulę. Šios priežastys galėtų būti tokios pat negerbtinos kaip ir psichiatrų nekentėjo priežastys. Gal integruotų mokyklų idėja jam nepakeliama, nes sukelia instinktyvią kontrreakciją, taigi jis būtų balsavęs prieš jas, net jeigu būtų manęs, jog teisingumas reikalauja integracijos. Tokiu atveju galėtume sakyti, jog jo intencija, kad segreguotos mokyklos nebūtų uždraustos, buvo jo dominuojanti intencija – ne dėl to, kad jo abstrakti intencija buvo priemonė tam tikslui siekti, bet todėl, kad konkreti intencija būtų koziriavusi abstrakčią intenciją, jeigu jis

būtų suvokęs tą konfliktą. Kita vertus, visai įmanoma, jog mes rastume pozityvių įrodymų, jog konkretus kongresmenas vis vien būtų balsavęs už tą klauzulę, net jeigu būtų manęs, kad ji tikrai uždraudžia segregaciją. Galėtume aptikti laišką, pranešantį, jog jis asmeniškai buvo palankus integracijai kitokiais pagrindais.

Tačiau pačiais įdomiausiais atvejais mūsų kontrafaktinio kriterijaus rezultatas būtų ne abstrakčios ar konkrečios intencijos kaip dominuojančios patvirtinimas. Mat mūsų kontrafaktinis klausimas yra pažymėtinai radikalus. Jis iš mūsų reikalauja įsivaizduoti, jog mūsų kongresmeno įsitikinimai dėl lygybės buvo visai kitokie, nei jie buvo iš tikrųjų – joks bent kiek nuosaikesnis kontrafaktinis klausimas nebūtų naudingas argumentui už dominuojančią intenciją, – todėl turime tarti, kad ir likusi jo politinės teorijos dalis patirs tolesnes permainas, padarysiančias tuos įsitikinimus, kuriuos mes dabar tariame jį turint, padarytų natūralius jam. Tačiau šitai turės tą pasekmę, jog smarkiai sumažins turimos istorinės medžiagos, kuri gali būti aktuali atsakant į kontrafaktinį klausimą, kiekį.

Tarkime, jog mes sužinome, kad mūsų kongresmenas daug svarbesne vertybe už lygybę laikė laisvę. Galėtume jausti pagundą padaryti išvadą, jog jis nebūtų balsavęs už vienodos apsaugos klauzulę, jeigu būtų manęs, kad konstitucinis lygybės reikalavimas sąlygotų segreguotų mokyklų panaikinimą, nes jos būtų substantyvus laisvės pažeidimas. Tačiau tai nepagrįsta išvada, nes asmens įsitikinimai dėl lygybės turinio ir dėl jos svarbos remia vieni kitus ir mes neturime jokio pagrindo manyti, kad jeigu mūsų kongresmenas būtų suvokęs lygybę plačiau nei suvokė, jis nebūtų sykiu laikęs jos svarbesne nei laikė. Kitaip tariant, mūsų spekuliacijos turi apimti ne tik hipotezę, jog jis kitaip galvojo apie tam tikrą politinės moralės problemą, bet kad jis dėl to kitaip mąstė apie politinę moralę apskritai, o kai atveriame klausimą, ar jo bendresni politiniai įsitikinimai galėjo būti kitokie nei faktiškai buvo, netenkame paskutinių ramsčių. Aš nenoriu pasakyti, kad esame priversti padaryti išvadą, jog jeigu jis būtų manęs, kad ta klauzulė lems mokyklų segregaciją, jis vis vien būtų balsavęs už ją. Noriu pasakyti tik tai, jog yra labai neįtikėtina, kad mes

rasime istorinių įrodymų, kurie galėtų paremti priešingą išvadą. Dauguma įrodymų, kuriuos galėtume manyti esant tiesiogiai susijusius, būtų buvę pašalinti deramai suformulavus kontrafaktinį klausimą. Taigi pagal kontrafaktinį kriterijų mes negalime rasti jokio bendro pagrindo tezei, jog konkrečios Kūrėjų intencijos turėjo būti jų dominuojančios intencijos.

Intencija deleguoti Dabar apsvarstykime kitokį mėginimą pateisinti tą tezę. Tarkime, jog mes iškeliame štai kokį kontrafaktinį klausimą: jeigu mūsų kongresmenas būtų įsivaizdavęs, jog koks nors kitas pareigūnas (gal valstybės įstatymų leidėjas, sprendžiantis, ar įteisinti segreguotas mokyklas, arba teisėjas, sprendžiantis, ar segreguotos mokyklos yra nekonstitucinės) galėtų laikytis kitokios lygybės koncepcijos nei jo, pagal kurią segregaciją yra lygybės pažeidimas, ar jis būtų norėjęs, kad tas kitas pareigūnas laikytų segregaciją nekonstitucine? Tai – visai kitoks kontrafaktinis klausimas negu svarstytasis ankstesniame skyriuje, nes dabar laikome, jog mūsų kongresmenas tebemano, kad segregacija nepažeidžia lygybės. Mes klausiame, ar, taip manydamas, jis būtų norėjęs, kad teisėjas ar pareigūnas įgyvendintų požiūrį į lygybę, kuris (jo, kongresmeno, manymu) yra neteisingas.

Veikiausiai būtų norėjęs, štai kodėl. Jis būtų galėjęs manyti, jog konstitucija turi atspindėti ne geriausius teisingumo standartus kokia nors objektyvia prasme, o veikiau teisingumo koncepciją, kurios įvairiomis progomis laikosi piliečiai, taip pat jis būtų galėjęs manyti, jog geriausia priemonė realizuoti šią ambiciją bus skatinti įstatymų leidėjus ir teisėjus remtis savo pačių koncepcijomis. Tačiau, nors mūsų kongresmenas galėjo laikytis tokio požiūrio į deramą konstitucinę praktiką, greičiausiai jis tokio požiūrio nesilaikė. Jis greičiausiai būtų norėjęs, kad (jo įsitikinimu) korektiški teisingumo standartai būtų taikomi nepaisant to, ar jie tuo metu populiarūs, ar ne. Tokiu atveju į mūsų dabar svarstomą kontrafaktinį klausimą būtų atsakyta: ne. Mūsų kongresmenas nebūtų norėjęs, kad vėlesnis teisėjas, nesutinkantis su (kongresmeno įsitikinimu) teisinga lygybės teorija, taikytų savo paties, teisėjo, teoriją. Tačiau itin šiurkšti klaida būtų šią

išvadą perteikti taip, tarsi ji skelbtų, jog konkreti kongresmeno intencija, – kad segregacija nebūtų panaikinta, – buvo jo dominuojanti intencija, o jo abstrakti intencija, – kad lygybė būtų apsaugota, – buvo tik išvestinė. Mes neturime pateisinimo tokiai išvadai, nes mūsų kontrafaktinis klausimas neskiria tų dviejų intencijų – tardamas, jog jis nebesilaikė savo nevaržomos lygybės koncepcijos.

Interpretacinė intencija Tačiau šitai atveda mus prie trečio ir daugeliu atžvilgiu įdomesnio argumento, kad teisėjai turi paisyti konkrečių, o ne abstrakčių Kūrėjų intencijų, tų, jog jie, teisėjai, turėtų paisyti Kūrėjų intencijų. Aš nežinau, ar Kūrėjai, kaip grupė, turėjo kokį nors konkretų požiūrį į dalykus, kuriuos mes svarstome. Nežinau, ar jie patys manė, jog teisėjai, interpretuojantys problemišką tekstą, turėtų paisyti įstatymų leidėjų intencijų, arba, jeigu jie taip būtų manę, kaip jie būtų atsakę į mano iškeltus klausimus dėl to, kas laikytini įstatymo autoriais arba kurios psichologinės tų autorių būklės yra paisytinos fiksuojant jų intencijas, ar atsižvelgtinos abstrakčios, ar konkrečios intencijos, ir taip toliau. Tačiau tarkime, jog mes išsiaiškiname, deramo tyrimo keliu, jog Kūrėjai išties turėjo požiūrį į šiuos klausimus ir kad jie manė, jog konkrečios, o ne abstrakčios įstatymų leidėjų intencijos turi turėti sprendžiamąją reikšmę interpretuojant problemiškus įstatymus. Jie būtų manę, taikant šią tezę jų pačių darbui, jog ateities pareigūnai, susidūrę su jų konstitucijos interpretavimo sunkumais, turi paisyti savo pačių, Kūrėjų, teisingumo ir lygybės koncepcijų, net jei vėlesni pareigūnai įsitikins, jog šios koncepcijos buvo varganos. Ar visa tai išspręs mūsų klausimą? Ar iš to būtų darytina išvada, jog tai yra teisinga konstitucinės intencijos koncepcija, tinkama mūsų teisėjams ir kitiems pareigūnams?

Kūrėjų nuomones apie deramą teisminio proceso atliktį galėtume vadinti jų bendra „interpretacine" intencija.[33] Savo ankstesnėje esė sakiau, kad dauguma delegatų ir kongresmenų, balsavusių už „plačiąsias" Konstitucijos nuostatas, greičiausiai neturėjo interpretacinės intencijos, kuri teiktų pirmenybę konkrečioms intencijoms.

Nesama jokio pagrindo tarti, jog jie manė, kad kongresmenai ir valstybės įstatymų leidėjai turi vadovautis jų, Kūrėjų, deramo proceso arba lygybės, arba žiaurumo koncepcijomis, teisingomis ar klaidingomis.[34] (Tai teikiau kaip *ad hominem* argumentą prieš pažiūrą, jog „griežtas" Konstitucijos aiškinimas užtikrina maksimalų pagarbumą Kūrėjų norams.) Kritikai priekaištauja, jog aš nepateikiau ir neturėjau visiškai jokių įrodymų, remiančių tą nuomonę.[35] Tai pernelyg griežtas teiginys. Aš disponuoju geru įrodymu – tai kalba, kuria buvo surašytos pataisos. Itin neįtikimai skamba tezė, jog žmonės, kurie mano, kad turi būti laikomasi jų pažiūrų į tai, kas laikytina lygybe ar teisingumu, net jeigu tos pažiūros yra neteisingos, formuluodami savo priesakus, vartotų tik bendrą lygybės ir teisingumo retoriką. Žinoma, jie nebūtų galėję nors kiek detaliau nusakyti, kaip jie įsivaizduoja konkretų šių klauzulių taikymą, tačiau būtų galėję rasti kalbos priemonių, kurios jų pačių koncepcijas atskleistų labiau negu paprasčiausias pačių sampratų įvardijimas. Sunku įsivaizduoti, kokių įrodymų, be kalbos kaip įrodymo, mes turėtume tikėtis rasti, – įrodymų, kurie paremtų mano teiginį, jeigu jis būtų teisingas. Mano kritikai šiuo klausimu taip pat neužsimena, jog jie turi įrodymų savo pačių priešingam teiginiui paremti.

Taigi aš laikausi savo nuomonės, jog jeigu tie, kurie balsavo už deramo proceso, žiauraus ir neįprasto baudimo bei vienodos apsaugos klauzules, laikėsi kokių nors teorijų apie tai, kaip vėlesni pareigūnai turėtų padaryti sprendimą, ko reikalauja Konstitucija, jie greičiausiai manė, jog turėtų būti vadovaujamasi jų abstrakčia intencija. Tačiau klaida, kurią, mano įsitikinimu, darė mano kritikai, yra kitokia. Jie klysta manydami, jog Kūrėjų interpretacinė intencija turi reikšmės apsisprendžiant dėl vienos arba kitos alternatyvos.

Brestas pritaria šiems kritikams, sakydamas, jog tuo mastu, kuriuo Kūrėjų intencija turi būti mūsų bendriausia gairė, jų pačių interpretacinės intencijos turi turėti sprendžiamąją reikšmę ieškant atsakymų į visus klausimus, susijusius su tuo, kurią jų intencijos koncepciją mes turėtume naudoti, įskaitant klausimą, ar atsižvelgtinos yra jų abstrakčios ar konkrečios intencijos. Jis sako, jog pirmas darbas,

tenkantis tam, kuris siekia atskleisti ir įgyvendinti Kūrėjų intenciją, būtų atskleisti jų interpretacinę intenciją.[36] Tačiau kodėl? Tarkime, jog mes nusprendžiame (dėl teisės ar kitos politinės teorijos priežasčių), jog protinga konstitucinė praktika reikalauja iš teisėjų paisyti ir įgyvendinti abstrakčias Kūrėjų intencijas, nors, kad tai padarytų, teisėjai turi daryti politinės moralės sprendimus. Tuomet mes nustatome, jog patys Kūrėjai mumis dėti būtų padarę kitokį sprendimą tuo klausimu. Kodėl šitai mums turėtų būti reikšminga? Kodėl mūsų pažiūra neturėtų gauti viršaus jų pažiūros atžvilgiu sudėtingu politinės teorijos klausimu – tam, kad – jeigu mūsų motyvai yra geri – mes neturėtume išsižadėti savo motyvų vien dėl to, kad kitame amžiuje žmonės jiems būtų nepritarę?

Galėtume susigundyti štai kokiu atsakymu: „Mes privalome pripažinti jų pažiūras šiuo klausimu, nes jie sukūrė Konstituciją, ir jų intencijos dėl to, kaip ji turėtų būti interpretuojama, turėtų būti laikomos atsižvelgtinomis, – o ne mūsų priešingos pažiūros." Tačiau tai labai prastas atsakymas. Prisiminkime argumentacijos kontekstą. Aš teigiu, jog visokia konstitucinės intencijos koncepcija turi būti ginama politiniais pagrindais, tarkim, pasitelkiant kokią nors pavyzdinio valdymo teoriją kaip pranašesnę už kitas teorijas. Intencionalistai atsako, jog viena koncepcija gali būti apginta kaip geriausia neutraliais pagrindais ir, konkrečiai, jog tokiu būdu galima apginti konkrečios intencijos pirmenybę abstrakčių intencijų atžvilgiu. Tačiau tuomet dabar svarstomasis argumentas, jog mes turime paisyti konkrečių intencijų, jeigu Kūrėjai turėjo intenciją, kad tai darytume, yra ydingas loginis ratas štai kokia prasme.

Turime stengtis atskirti priežastis, dėl kurių išvis dera paisyti Kūrėjų intencijų, nuo pačių intencijų, kurias išsiaiškiname, žvelgdami į tas intencijas. Aišku, jog savo pirminio bendro sprendimo paisyti jų intencijos negalime pateisinti sakydami, jog jų intencija buvo ta, kad mes turėtume tai daryti. Šis „argumentas", akivaizdu, klausimą paliks be atsakymo. Tačiau mūsų dabartinis ketinimas – pamėginti apibrėžti tinkamą konstitucinės intencijos koncepciją – yra dalis projekto pateisinti atodairą į intenciją, o ne projekto atskleisti, kokios

būta tos intencijos, dalis. Mes mėginame suformuluoti – tiksliau negu tai daroma paprastai – *prasmę* ar *pobūdį* kolektyvinės intencijos, kurią mes turime gerbti, nes turime pagrindą tai daryti. Tačiau tuomet negalime sakyti, jog turėtume gerbti vienos, o ne kitos rūšies ar prasmės intenciją todėl, kad tų, kieno intencijos yra minimos šiame nusakyme, intencija buvo ta, kad mes turėtume taip daryti – klausimą vėl nustumtume tuo pačiu būdu. Jeigu kas nors teigia, jog teisėjai turi paisyti abstrakčios, o ne konkrečios intencijos, nes tokia buvo Kūrėjų intencija, tai, prieštaraujant šiam argumentui, būtų reikšminga pažymėti, jog jie neturėjo tokios intencijos. Tačiau mūsų motyvas buvo ne šitai. Mes darome prielaidą, mūsų dabartinių tikslų dėlei, jog pagrindą mums teikia bendro pobūdžio argumentai apie teisingą arba išmintingą konstitucinę praktiką. Jeigu taip, įsivaizduojamas faktas, jog Kūrėjai turėjo kitokias pažiūras tuo klausimu, nėra reikšmingas.

Čia prieiname svarbų bendrą argumentą.[37] Kuri nors bet kokios konstitucinės teorijos dalis turi būti nepriklausoma nuo žmonių, kuriuos teorija įvardija Kūrėjais, intencijų, pažiūrų ar pagaliau aktų. Kuri nors politinės ar moralinės teorijos dalis turi būti autonomiška; antraip teorija būtų visiškai nelogiška ką tik aprašytąja prasme. Tai būtų nelyginant teorija, skelbianti, jog daugumos valia yra deramas metodas socialiniam sprendimui priimti, nes būtent to nori dauguma. Todėl konstitucinė teorija pasidalija į du lygmenis. Pirmuoju lygmeniu teorija dėsto, kieno ir kokio pobūdžio pažiūros, intencijos ir aktai kuria konstituciją. Ir tik antruoju lygmeniu teorija žvelgia į aktus, intencijas ir pažiūras, aprašytus pirmuoju lygmeniu, kad paskelbtų, ką mūsiškė konstitucija iš tikrųjų numato. Jeigu pirmasis nepriklausomas lygmuo tvirtina, jog nustatant, kokia yra mūsų Konstitucija, paisytina abstrakčių Kūrėjų intencijų, mes neturime jokio pagrindo atšaukti šią nuomonę, jei išsiaiškinama, jog Kūrėjai būtų manę kitaip. Pirmasis lygmuo yra teorijai, ne jiems.

Šiam momentui skiriu vietos dėl to, kad prielaida, jog pirminis platus sprendimas paisyti Kūrėjų intencijų, būtinai apima sprendimą paisyti jų interpretacinių intencijų, yra labai paplitusi. Tam tikromis

aplinkybėmis ši prielaida būtų dar akivaizdžiau nepagrįsta ar save paneigianti. Tarkime, kad mes padarėme pradinį sprendimą paisyti Kūrėjų intencijos, tačiau, tirdami jų pačių konstitucinės intencijos teorijas, išsiaiškinome, kad jie nemanė, jog jų pačių intencijos turėtų turėti kokios nors reikšmės, pagal bet kokią koncepciją. Pavyzdžiui, jie visi galėjo manyti, kad Konstitucija turėtų būti interpretuojama laikantis jos žodžių „aiškios reikšmės", be jokios nuorodos į intencijas ar kitas psichologines autorių būkles. Arba tarkime (jeigu imtume kitą pavyzdį), kad mes buvome nusprendę, vadovaudamiesi savo motyvais, kad atsižvelgtinomis turėtų būti laikomos ne tik delegatų ir kongresmenų, bet ir valstybės pareigūnų, kurie buvo lyderiai ratifikacijos proceso metu, intencijos. Tačiau pažvelgę į pastarųjų interpretacinę intenciją, mes nustatome, kad jie, mumis dėti, būtų laikę atsižvelgtinomis tik delegtų ir kongresmenų intencijas ir būtų ignoravę tokių žmonių kaip jie patys intenciją. Tai – bet kurio iš pavyzdžių atveju – nesuponuotų išvados, jog mes tuomet turėtume ignoruoti savarankiškas intencijas, kuriomis remtis buvome apsisprendę anksčiau. Jeigu pirmuoju lygmeniu mūsų konstitucinė teorija teikia gerą pagrindą paisyti Kūrėjų intencijos priimant deramo proceso ar vienodos apsaugos, ar kitas Konstitucijos klauzules, anoks kontrargumentas yra tai, kad šios priežastys nebūtų atrodžiusios geros jiems patiems. Tačiau mūsų argumentai, pretenduojantys pagrįsti teiginį, jog abstrakčių intencijų viršenybės konkrečių intencijų atžvilgiu klausimas turi būti siejamas su interpretacinėmis Kūrėjų intencijomis, yra nė kiek ne geresni nei argumentas, reikalaujantis, kad jomis būtų grindžiamas atsakymas į klausimą, ar jų intencijos išvis turėtų būti laikomos paisytinomis.

Reziumuosiu šio skirsnio argumentus. Svarbiausias pasirinkimas konstruojant konstitucinės intencijos koncepciją yra abstraktaus arba konkretaus tos intencijos nusakymo pasirinkimas. Tai ne išsiaiškinimo, kurią iš dviejų intencijų turėjo konkretus Kūrėjas, dalykas: jis turėjo jas abi. Taip pat negalime ir remdamiesi istorine medžiaga nustatyti, jog konkrečios Kūrėjų intencijos jiems buvo dominuojančios. Patikimą įrodymą, jog patys Kūrėjai nesilaikė interpretacinės nuomonės, esą tik jų konkrečios intencijos turėtų būti laikomos

paisytinomis, mums teikia Konstitucijos kalba. Tačiau tai nėra svarbu, nes į patį klausimą, kuri iš jų intencijų turėtų būti laikoma paisytina, negalima atsakyti remiantis jų intencijomis.

Ar tai svarbu?

Šiuo ilgu problemų ir klausimų sąvadu norėjau parodyti, jog legislatyvinės ar konstitucinės intencijos idėja neturi jokios natūralios fiksuotos interpretacijos, kuri Kūrėjų intencijos turinį darytų tiesiog istorinio, psichologinio ar kitokio fakto dalyku. Ši idėja reikalauja aiškinimo, kurį skirtingi teisininkai ir teisėjai konstruos skirtingai. Bet koks pateisinimas, remiantis vieną konstrukciją, taigi vieną pažiūrą į tai, kokią intenciją turėjo Kūrėjai, turi būti rastas ne istorijoje ar semantinės arba konceptualinės analizės būdu, o politinės teorijos būdu. Jo reikia ieškoti, pavyzdžiui, argumente, jog viena iš koncepcijų geriau dera su pačia imperatyviausia atstovaujamosios valdžios teorija. Tačiau tuomet idėja, kuria pradėjome, – jog teisėjai gali daryti apolitiškus konstitucinius sprendimus atskleisdami ir įgyvendindami Kūrėjų intenciją, yra pažadas, kurio neįmanoma tesėti. Mat teisėjai negali išsiaiškinti tos intencijos, nesukūrę ar nepasiskolinę vienos, o ne kitos konstitucinės intencijos koncepcijos, kitaip tariant, nedarydami politinės moralės sprendimų, kurių jiems, pagal idėją, dera vengti.

Akivaizdus atsakymas į šią griežtą išvadą yra toks: „Jūsų argumentas yra techniškai korektiškas, tačiau jūs persistengėte. Gal teisinga sakyti, kad pradinės konstitucinės intencijos idėja nėra, kaip dažnai tariama, neutralus istorinis dalykas. Gal ir būtina daryti politinius sprendimus pasirenkant vieną, o ne kitą tos pradinės intencijos koncepciją. Tačiau šie sprendimai nėra tos rūšies politiniai sprendimai, kurių, anot „pradinės intencijos" mokyklos, teisėjai turi vengti. Ta mokykla nori, kad teisėjai susilaikytų nuo savarankiškų politinių sprendimų, tokių kaip sprendimas, ar neteisinga uždrausti abortą arba bausti mirtimi nuteistus žudikus, arba be advokato kvosti įtariamus nusikaltimu. Kūrėjų intencijos koncepcijos pasirinkimas priklauso – kaip jūs keletą kartų sugestijavote – ne nuo savarankiškų

politinių sprendimų, tokių kaip šie, bet veikiau nuo sprendimų apie geriausią atstovaujamosios demokratijos formą, ir nors tai yra politinės teorijos dalykas ir gali būti kontroversiška, tai – ne savarankiškos politinės teorijos dalykas. Taigi „pradinės intencijos" mokykla galėtų pritarti visiems jūsų argumentams, neatsižadėdama savo pačios svarbiausių teiginių."

Šis atsakymas yra neadekvatus jo paties prielaidų požiūriu. Net jeigu teisėjai, rinkdamiesi konstitucinės intencijos koncepciją, turi paisyti tik proceso dalykų, jų pasirinkta koncepcija vis vien gali iš jų reikalauti spręsti klausimus, kurių pobūdis yra kuo aiškiausiai nepriklausomas. Šitai akivaizdžiai galioja, pavyzdžiui, momentui, kurį svarsčiau itin detaliai: abstraktaus arba konkretaus intencijos nusakymo pasirinkimui. Gal kokia nors procedūrinė teorija apie abstrakcijos lygį, deramą demokratinei konstitucijai, ir galėtų nurodyti priežastį, dėl kurios teisėjai turėtų paisyti abstrakčių, o ne konkrečių intencijų (jeigu jie turi jų paisyti). Tačiau teisėjai, kurie pritaria šiai pažiūrai į konstitucinę intenciją, turi nuspręsti, ar aborto uždraudimas pažeidžia lygybę arba ar aukščiausioji bausmė yra žiauri ir neįprasta, kad galėtų įgyvendinti pradinę intenciją, kaip jie ją supranta.

Tačiau mano aprašytasis atsakymas yra įdomus, nes parodo, kaip susijusios dvi bendros šių esė temos – bėgimas nuo turinio intencijos keliu ir bėgimas proceso keliu. Intencija negalėtų būti net įžanga į kelią, leidžiantį pabėgti nuo turinio, jeigu perskyra tarp turinio ir proceso – perskyra, nuo kurios priklauso antrasis kelias – pati sugriūtų. Jeigu „pradinės intencijos" mokykla būtų priversta pripažinti net tik tai, jog tam tikrų konstitucinės intencijos koncepcijų implikacijos reikalauja iš teisėjų spręsti turinio klausimus, bet ir tai, kad pasirinkimas iš šių koncepcijų pats yra turinio dalykas, tai ji negalėtų pagrįsti savo pozicijos net radusi gerą politinį argumentą už koncepciją, kuri paiso tik konkrečių intencijų. Žaidimas jau būtų pralaimėtas.

Kitoje šios esė dalyje mes įsitikinsime, jog perskyra tarp turinio ir proceso, kuria turi remtis „pradinės intencijos" mokykla, yra iliuzinė. Tačiau pirma norėčiau pabaigti dabartinę reziumė, grįždamas prie gijos, pamestos anksčiau. Aš klausiau, ar perskyra tarp „interpretaci-

nių“ ir „neinterpretacinių“ konstitucinių teorijų yra naudinga, jeigu „interpretacines“ teorijas suprastume kaip besiremiančias Kūrėjų intencijomis. Dabar sakau, kad ji nebūtų naudinga, net taip suprantant, dėl dviejų priežasčių. Pirma, mažne kiekviena konstitucinė teorija remiasi kokia nors pradinės intencijos ar pradinio supratimo koncepcija. „Neinterpretacinės“ teorijos yra tos teorijos, kurios akcentuoja itin abstraktų pradinių intencijų nusakymą (arba lengvai galėtų būti peržiūrėtos taip, kad šis akcentas taptų eksplicitiškas, nekeičiant argumentų substancijos). Jų argumentas iškreipiamas tvirtinant, jog jie visai nesiremia jokia pradinės intencijos koncepcija.

Antroji priežastis yra svarbesnė. Ta perskyra iškeliu prielaidą, kaip sakiau, jog yra galimi iškalbingi argumentai ir už, ir prieš „interpretacines“ arba „neinterpretacines“ teorijas kaip klasę. Tačiau dabar tai atrodo nepagrįsta prielaida. Konstitucinei teorijai svarbus klausimas yra ne tas, ar intencija tų, kurie sukūrė Konstituciją, turėtų būti laikoma paisytina, o veikiau klausimas, kas turėtų būti laikoma ta intencija. Bet koks sėkmingas atsakymas į šį klausimą bus sudėtingas, nes konstitucinės intencijos koncepcija susideda iš labai didelio skaičiaus atskirų sprendimų, iš kurių aprašiau tik kai kuriuos. Mes galbūt norėtume pasakyti, pavyzdžiui, jog geriausią atsakymą teikia geriausia demokratijos teorija. Tačiau tai nepadalys konstitucinių teorijų į dvi dideles klases ir neteiks „urminio“ (*wholesale*) argumento už vieną klasę ir prieš kitą klasę. Veikiau tai suponuos klausimą, kuris, galime viltis, vieną teoriją išskirs iš kitų tiek bet kokios stambios klasės, kurią galime sukonstruoti pradžioje, viduje, tiek anapus jos. Konstitucinė teorija nėra prekyba urmu.

PROCESAS

Procesas ir demokratija

„Jungtinės Valstijos yra demokratija. Tai nustato Konstitucija, ir jokia tai neigianti mūsų konstitucinės sistemos interpretacija negali būti įtikinama. Šis akivaizdus faktas teikia šansą ir paskatą teisminei per-

žiūrai. Demokratija reiškia (jeigu ji apskritai ką nors reiškia), jog dėl esminių politinių vertybių pasirinkimo turi spręsti žmonių atstovai, o ne nerenkami teisėjai. Todėl teisminė peržiūra neturi būti grindžiama Aukščiausiojo teismo teisėjų nuomonėmis dėl to, ar, pavyzdžiui, įstatymai, draudžiantys prekybą kontraceptinėmis priemonėmis, pažeidžia teises į privatumą. Dėl šios priežasties *Griswoldo bylos* sprendimas buvo neteisingas, kaip ir *Roe v. Wade bei Lochner bylų* sprendimai.[38] Liberalai palaiko pirmuosius du iš šių sprendimų, ir keikia trečiąjį; konservatoriai – vice versa. Tačiau protinga teisminės peržiūros teorija – vienintelė teorija, kuri yra suderinama su demokratija, – smerkia juos visus ir smerkia bet kokį kitą sprendimą, atvirai ar netiesiogiai besiremiantį pamatinio deramo proceso idėja.

„Tačiau mūsų įsipareigojimas demokratijai reiškia ne vien tai, jog Teismas negali daryti esminių turinio sprendimų, jis taip pat reiškia, jog Teismas turi ginti demokratiją. Konkrečiai, Teismas privalo užtikrinti, kad demokratija veiktų užtikrindama, įžymiosios Teisėjo Stone'o pastabos žodžiais, kad nebūtų galima tokia įstatymų leidyba, „kuri varžo tuos politinius procesus, kuriuos paprastai galima tikėtis įgalinsiant nepageidaujamo įstatymų leidybos akto panaikinimą" ir kad „išankstiniam neigiamam nusiteikimui tam tikrų uždarų mažumų atžvilgiu" nebūtų leidžiama „pertraukinėti tų politinių procesų veikimo, kuriais paprastai turi būti kliaujamasi siekiant apginti mažumas".[39] Taigi Teismas turi būti agresyvus gindamas laisvą žodį ir jautrus išankstinės nuostatos pasekmėms, nes tai – pačios demokratijos vertybių gynimas."

Štai (parafrazė to) kaip Ely skaito pastabą *Carolene Products* byloje.[40] Tai yra jo teisminės peržiūros teorija, jo pasirinktas kelias pabėgti nuo turinio. Šis argumentas apima keletą teiginių: (1) Teisminė peržiūra turėtų paisyti įstatymų leidybos proceso, o ne rezultato, traktuojamo izoliuotai nuo to proceso. (2) Ji turi patikrinti tą procesą demokratijos standarto atžvilgiu. (3) Todėl procesu besiremianti peržiūra yra suderinama su demokratija, tuo tarpu turiniu besiremianti peržiūra, kuri žiūri į rezultatus, yra antagonistiška jos atžvilgiu. (4) Taigi Teismas klysta, kai apeliuoja į tariamai fundamentalią

turinio vertę, kad pateisintų legislatyvinio sprendimo atšaukimą. *Griswold ir Roe v. Wade bylos* buvo klaidingai išspręstos, ir teismas turėtų susilaikyti nuo tokių avantiūrų ateityje. Ely gina kiekvieną iš šių teiginių; drauge jie sudaro jo knygą.

Manau, jog pirmasis teiginys yra stiprus ir teisingas.[41] Tačiau kiti trys yra – skirtingais būdais – klaidingi ir visokeriopai klaidinantys; tai klaidos, kurios paskandina ir pražudo tą vienišą įžvalgą. Teisminė peržiūra turėtų paisyti proceso ne tam, kad išvengtų konkrečių politinių klausimų, tokių kaip klausimas, kokias teises turi žmonės, bet veikiau teisingo atsakymo į tuos klausimus dėlei. Demokratijos idėja yra menka pagalba siekiant to atsakymo. Taip pat vien iš teisminės peržiūros įsipareigojimo procesui, o ne rezultatams, izoliuotiems nuo proceso, negalima daryti išvados, jog vadinamieji „konkretūs deramo proceso" sprendimai, kuriuos Ely ir kiti kritikuoja, yra automatiškai blogi ir neleistini. Priešingai, įsipareigojimas procesui kai kuriems iš šių sprendimų teikia naują ir stipresnę paramą.

Šiame skirsnyje argumentuoju, jog abstraktus demokratijos idealas pats savaime procesu grindžiamai teisminės peržiūros jurisprudencijai neteikia geresnės paramos negu rezultatu grindžiamai teisminės peržiūros jurisprudencijai. Kitame skirsnyje mėginu išplėtoti kitokį pamatą procesu grindžiamai peržiūrai, teisių kaip kozirių daugumos valios atžvilgiu teorijoje, o tuomet argumentuoju, jog Ely argumentas, deramai suprantant, iš tiesų yra toks argumentas, o ne argumentas, grindžiamas demokratija, kurį matome jo knygos pavadinime ir paviršiuje.

Ely tvirtina, jog tikrasis Aukščiausiojo teismo vaidmuo yra prižiūrėti demokratijos procesą, o ne peržiūrinėti konkrečius sprendimus, padarytus taikant tuos procesus. Šitai galėtų būti įtikinama, jeigu demokratija būtų preciziška politinė sąvoka – tokia, kad negalėtų likti jokios erdvės nesutarimui, ar tam tikra procedūra buvo demokratiška. Arba jeigu Amerikos patirtis unikaliai apibrėžtų kokią nors konkrečią demokratijos koncepciją, arba jeigu Amerikos žmonės dabar būtų pasiekę sutarimą dėl vienos koncepcijos. Tačiau, kaip pripažįsta Ely, taip nėra.[42] Tad jo teiginį dera perskaityti kaip

tariantį, jog viena demokratijos koncepcija yra teisinga koncepcija – teisinga kaip „objektyvios" politinės moralės dalykas – ir kad Teismo darbas yra identifikuoti ir ginti šią teisingą koncepciją. Tačiau toli gražu nėra tikra, jog ši prielaida yra suderinama su Ely argumentu prieš tai, ką jis vadina „fundamentalia vertybe" grindžiamomis konstitucinės peržiūros teorijomis. Jis sako – teikdamas tai kaip to teiginio dalį, – kad negali būti konkrečių politinių teisių, kurias turėtų atskleisti Teismas, nes nesama konsenso dėl to, kokias konkrečias politines teises žmonės turi ir netgi ar jie išvis turi kokias nors teises. Ar jis dabar gali tarti, kad esama teisingo atsakymo į klausimą, kas iš tikrųjų yra demokratija, nors nesama jokio konsenso dėl to, koks yra tas atsakymas?

Tačiau dabar noriu pagvildenti kitą teiginį. Kuria prasme apskritai demokratijos sąvoka yra procedūrinė, priešpriešinama konkrečiai sąvokai? Turiu būti apdairus, kad čia išvengčiau tam tikro nesusipratimo. Aš klausiu ne apie demokratijos koncepcijos turinį, o apie argumentacijos, reikalingos parodyti, jog viena demokratijos koncepcija yra pranašesnė už kitą, rūšį. Kai kurios demokratijos teorijos tai, ką mes linkę laikyti turinio dalykais, integruoja į pačią demokratijos deskripciją. Pavyzdžiui, demokratijos teorija, aukštinama „liaudies" demokratijose, taria, jog jokia visuomenė nėra demokratiška, jeigu jos materialinių vertybių paskirstymas yra labai nevienodas. Winstonas Churchillis, remdamasis visiškai kitokia idėja, kartą pasakė, jog demokratija reiškia, kad beldimas į duris ankstų rytą reiškia, jog atvyko pienvežys.[43] Kitos teorijos tvirtina, jog demokratija yra politinių sprendimų priėmimo procesas – procesas, kurį dera apibrėžti nepriklausomai nuo bet kokios faktiškai padarytų sprendimų deskripcijos. Jos apibrėžia demokratiją kaip kompleksą procedūrų, reguliuojančių piliečių dalyvavimą politikoje, – procedūrų, taikomų balsavimui, viešam kalbėjimui, kreipimuisi su reikalavimais į institucijas ir lobizmui, – o šios procedūros pačios neapima jokių suvaržymų, taikytinų demokratiškai išrinktų pareigūnų veiksmams ar motyvams, kuriais jie gali grįsti savo veiksmus. Net jeigu mes pripažintume šią pažiūrą (kuri yra įtikinama – galėčiau pridurti – tik

jeigu laikomės labai optimistinio požiūrio į procesą), lieka klausimas, kaip nuspręsti, kurios procedūros sukuria geriausią demokratijos koncepciją.

Galėtume išskirti dvi bendras strategijas, kurių gali būti laikomasi priimant šiuos sprendimus, du argumentacijos už demokratiją tipus. Tarkime, jog mes nubrėžiame liniją tarp „sąlygų kūrimo" ir „rezultatų" štai kokiu būdu. Apie sąlygų kūrimą kalbantys argumentai už demokratiją yra pagrįsti išskirtinai kokia nors teorija apie deramą politinės valdžios paskirstymą tarp žmonių ir pareigūnų, kuriuos jie išrenka, arba tarp pačių žmonių, ir nedaro jokios nuorodos į teisingumą (*justice*) ar įstatymų leidybos, tikėtina, kilsiančios iš tokio galios paskirstymo, išmintį. Apie rezultatus kalbantys argumentai, priešingai, grindžiami, bent iš dalies, prognozėmis ir šios rūšies sprendiniais. Gryna utilitarinė argumentacija už demokratiją (jei pasitelktume žinomą pavyzdį) yra rezultatų paisanti argumentacija. Utilitaristai gali sutikti, jog demokratinės valstybės *apibrėžimas* apima kompleksą procedūrų, aprašančių, kas gali balsuoti, kaip turi būti nustatomos balsavimo apylinkių ribos ir t. t. Tačiau jie tvirtintų, jog demokratinės procedūros yra teisingos dėl to, kad labiau tikėtina, jog jos, o ne kitokios procedūros produkuos konkrečius sprendimus, maksimizuosiančius naudą. Todėl bet koks klausimas dėl to, kuri iš alternatyvių procedūrų sukuria geriausią demokratijos koncepciją, turi būti tikrinamas ilgalaikės naudos kriterijumi, t. y. rezultatų kriterijumi.

Perskyra tarp sąlygų kūrimo ir rezultatų argumentų už demokratiją yra svarbi konstituciniame kontekste. Jeigu Aukščiausiasis teismas turi išplėtoti savo paties demokratijos koncepciją, nes negali rasti jokios pakankamai preciziškos koncepcijos nei istorijoje, nei tame, kas dabar galioja kaip konsensas, tai jis turi svarstyti, kas laikytina geru argumentu, pagrindžiančiu vienos, o ne kitos koncepcijos pasirinkimą. Jeigu Teismas šiuo tikslu gali remtis sąlygų kūrimo argumentais, tai jis gali išvengti konkretaus teisingumo klausimų, kurių, anot Ely, jis privalo vengti. Tačiau jeigu ne, – jeigu vieninteliai įtikinantys argumentai už demokratiją (taigi vieninteliai įtikinantys argumentai už vieną demokratijos koncepciją kaip pranašesnę už kitą)

yra rezultatų argumentai, – tai Teismas turi imtis visų tų turinio klausimų, kuriuos geriausia argumentacija daro būtinus kelti. Tuomet Ely argumentas, jog Teismas gali išvengti turinio klausimų, savo sprendimus pagrįsdamas geriausia demokratijos koncepcija, būtų save paneigiantis. Mat šįkart Ely pripažįsta (nes jis neišvengiamai turi pripažinti), jog Teismas turi pats sau apibrėžti geriausią demokratijos koncepciją, taigi naujai priimti kokios nors rūšies politinius sprendimus.[44] Jis turi tik du argumentus, remiančius programą, kurią jis aprašo: jog teismai turi visas sąlygas daryti sprendinius apie teisingą procesą, tačiau jų pozicija visiškai netinkama priimti konkretiems politiniams sprendimams ir kad teismo daromi sprendiniai apie procesą yra suderinami su demokratija, tuo tarpu teismo priimami sprendiniai apie turinį nėra su ja suderinami. Jeigu sprendinių apie procesą, kuriuos rekomenduoja Ely, Teismas negali daryti nedarydamas sprendinių apie turinį, kuriuos Ely smerkia, tai jo paties argumentas suardys jo paties teoriją. Ar gali Ely argumentas (ar kokia kita *Carolene Products* bylos teorijos versija) atlaikyti šį iššūkį, produkuodamas sąlygų kūrimo argumentus už demokratiją?

Atrodo neįtikėtina, jog yra įmanoma kokia nors tokia argumentacija, bent jau tuo atveju, jeigu mes turime galvoje argumentaciją, pakankamai stiprią ne tik demokratijai kaip miglotai ir bendrai idėjai rekomenduoti, bet ir motyvams, remiantiems vienos, o ne kitos demokratijos koncepcijos pasirinkimą, pateikti. Rezultatų argumentai tikrai gali būti tokie stiprūs. Grynas utilitarizmas galėtų pasirodyti ne tik rekomenduojąs bendrą daugumos valdžios idėją, bet ir, kaip sakiau, rekomenduojąs be galo preciziškas nuostatas dėl apylinkių sudarymo reprezentatyvumo, pavyzdžiui, taip pat dėl balsavimo ribojimo pagal amžiaus grupes bei kitais būdais, žodžio laisvės ir mažumų apsaugos. Tačiau kur mes dairytumėmės tokių stiprių sąlygų kūrimo teorijų? Atrodo, bent jau iš pirmo žvilgsnio, jog mūsų idėjas apie teisingą politinės galios paskirstymą išsamiai nusako bendra kokios nors demokratijos formos rekomendacija, bet jos neįgalina atskirti, kurios formos.

Šią pradinę intuiciją galėtume patikrinti panagrinėdami argumentus, kuriuos pats Ely pateikia gindamas tam tikrą demokratijos versiją.

Jis taria, jog geriausia demokratijos koncepcija apima žodžio laisvės saugojimo schemą, kuri, pagal jo aprašymą, išlaiko atvirus politinės permainos kanalus. Nelaimė, nors Ely labai įdomiai ir įtaigiai rašo apie raiškos laisvę, tai jis išsako visuomet konkretaus patarimo forma, kaip Teismas turėtų spręsti žodžio laisvės bylas. Jis daro prielaidą, o ne argumentuoja, kad jo patarimas remiasi proceso motyvais, o ne turiniu.[45] Ar tikrai? Ar Ely iš tiesų gali pateikti sąlygų kūrimo argumentų už teiginį, jog demokratija turi apimti žodžio laisvę?

Šiame lauke esama įvairių teorijų, kiekviena iš kurių pretenduoja paaiškinti normos, draudžiančios valdžiai varžyti tai, ką jos piliečiai gali sakyti, vertę. Ko gero, geriausiai žinoma yra Johno Stuarto Millio teorija, kuri kreipia dėmesį į tokios normos vertę bendruomenei kaip visumai ilagalaikėje perspektyvoje. Millis teigia, jog labiau tikėtina, kad tiesa apie geriausias socialinės organizacijos sąlygas – sąlygas, kurios iš tikrųjų išugdys visuotinę gerovę – kils iš nesuvaržytos idėjų rinkos, o ne iš kokios nors cenzūros formos. Tačiau tai utilitarinis, rezultatų argumentas už žodžio laisvę, ne sąlygų kūrimo, procesu grindžiami argumentai. (Ir labai abejotina argumentacija, tačiau tai jau kitas klausimas.) Kitos teorijos, ginančios laisvą žodį, patenka į mokyklos, kurią Ely vadina „fundamentalios vertės" teorijomis, klasę. Įdomu, jog geriausiai žinoma iš šių teorijų taip pat priklauso Milliui. Jis tvirtina, jog žodžio laisvė yra esminė individualios asmenybės vystymosi sąlyga; jog galėjimas viešai pasisakyti visuotinai rūpimais klausimais žmonėms yra fundamentaliai svarbi galimybė, be kurios jie netaps tokiais žmonėmis, kokie jie turėtų būti.

Dar vienas įprastas argumentas už žodžio laisvę gali atrodyti, bent jau iš pirmo žvilgsnio, teikiąs sąlygų kūrimo argumentus. Galėtume sakyti, drauge su Madisonu, jog demokratija yra apgaulė (ar, dar blogiau, kad ji save paneigia), jeigu žmonės nėra gerai informuoti, ir kad laisvas žodis yra esminės reikšmės dalykas siekiant, kad jiems būtu prieinama informacija, būtina tam, kad demokratija būtų realybė.[46] Neseniai panašų argumentą, grindžiamą demokratijos struktūra, Aukščiausiojo teismo teisėjas Brennanas pavertė savo argumentacijos už žodžio laisvę centru *Richmond Newspapers byloje.*[47] Madisono

argumentas nėra argumentas už politinės galios lygybę kiekvienam be išimties. Tai veikiau argumentas už žmonių kaip visumos politinės galios maksimizavimą, gyventojų galios išrinkti gerus pareigūnus ir kontroliuoti juos, kai jie jau išrinkti, kad būtų pasiekta tai, ko žmonės – priešpriešinant juos tiems, kurie tuo metu yra valdžioje, – iš tikrųjų nori. Tai argumentas už demoso politinės galios ugdymą, o ne už politinės galios lygybę tarp demoso narių.

Be to, tai varganas argumentas, bent jau tuo atveju, kai jis suprantamas kaip pateisinantis plačią žodžio laisvę, kurią, Ely ir kitų supratimu, užtikrina Pirmoji pataisa. Kodėl – mėginu parodyti esė, šioje knygoje publikuojamoje kaip 19-as skyrius. Bet koks demokratiškai išrinktos galios suvaržymas sumažina tą legislatūrą išrinkusių žmonių politinę galią. Mat politinė galia yra galia padaryti labiau tikėtina, jog bus priimti tokie politiniai sprendimai, kokių norima. Tarkime, jog dauguma nori, kad nebūtų publikuojama jokia literatūra, simpatizuojanti marksizmui, tačiau Konstitucija nesuteikia jai galios pasiekti šį tikslą įprastos politikos keliu. Šis konstitucinis draudimas išties mažina daugumos politinę galią. Mes galbūt norėsime pasakyti, jog dauguma neturi teisės apginti savo pačios intereso (to, ką ji juo laiko) cenzūros keliu, nes šitai sutrukdys kitiems veikti formuojant naują daugumą, įsipareigojusią naujoms vertybėms. Tačiau kiekvienas dabartinės demokratijos narys galėtų nuspręsti, jog pats sutinka gauti mažiau informacijos, ir šitaip apriboti savo galimybes pakeisti nuomonę – tiesiog dėl to, jog jis nenori, kad kiti, kurie dabar su juo sutinka, turėtų tokią galimybę. Taigi argumentas, jog dabartinė dauguma neturi teisės cenzūruoti nuomones, iš tikrųjų yra argumentas už bet kokios daugumos politinės galios mažinimą.

Madisono argumentas gali būti suprantamas kaip pažymintis tai, jog nors cenzūrą varžantis konstitucinis suvaržymas šiuo atžvilgiu sumažina politinę žmonių kaip visumos galią, jis sykiu padidina tą galią kitu atžvilgiu. Jis suteikia platesnę informacijos bazę, kuria remdamiesi žmonės gali veikti. Tačiau net optimistišku požiūriu šitai rodo tik tai, jog bet kokia konstitucinė žodžio laisvės apsauga, tikėtina, bus neatsiejama nuo kompromiso, kuriuo politinės galios nuostolis

vienu atžvilgiu yra kompensuojamas padidėjimo kitu atžvilgiu. Nėra pagrindo manyti, jog politinė galia kaip visuma visuomet balanso atžvilgiu patobulėja. Jeigu gyventojai yra, apskritai imant, gerai ar bent jau pakankamai gerai informuoti, kad turėtų kokią nors bendrą idėją apie tai, ką jie gali laimėti ar prarasti dėl kokios nors cenzūros, tai daugumos politinė galia dėl konstitucinės žodžio laisvės apsaugos bendru mastu sumažės. Jeigu net ir šis dalykas abejojamas, tai atrodytų, jog bendra demokratijos dvasia sugestijuoja, jog pasirinkimą, ar informuotumo ugdymas yra vertas tiesioginės politinės galios nuostolio, geriausiai palikti periodiškai spręsti žmonių daugumai.

Taigi žodžio laisvė negali būti pateisinta sąlygų kūrimo argumentais, nukreiptais į žmonių kaip visumos politinės galios maksimizavimą. Tačiau bet kuriuo atveju atrodo prasmingiau už žodžio laisvę argumentuoti ne apeliuojant į tikslą maksimizuoti politinę galią bendru mastu, bet apeliuojant į kitokį tikslą – padaryti politinę galią lygesnę, imant paasmeniui, gyventojų visete. Įstatymas, draudžiantis marksistinę literatūrą publikuoti, išties atrodo mažinąs politinės galios lygybę. Jeigu taip, tai konstitucinis tokių įstatymų draudimas, net jeigu jis silpnina politinę galią, bendrai imant, paskirsto tą galią lygiau. Šitai sugestijuoja kitokį sąlygų kūrimo argumentą už laisvą žodį: demokratijos esmė – žmonėms kaip visumai suteikti tiek politinės galios, kiek suderinama su tokios galios lygybe, o laisvas žodis yra būtinas tai lygybei užtikrinti.

Tačiau dabar mums reikia etaloninio politinės galios mato, adekvataus uždaviniui tarnauti šiai egalitarinei demokratijos koncepcijai, ir neaišku, kokį turėtume naudoti. Iš pradžių galėtume apsvarstyti štai kokią prielaidą: politinės galios lygybės esmė – turėti tokias pačias galimybes daryti įtaką politiniams sprendimams, kokias turi kiti; tokias pačias galimybes balsuoti, rašyti laiškus kongresmenams, skųstis dėl skriaudos, viešai pasisakyti politiniais klausimais ir t. t. Jeigu esama įtakos mechanizmo, prieinamo kai kuriems, jis turi būti prieinamas visiems. Šitai tuojau suponuoja klausimą, ar lygybė šių galimybių atžvilgiu yra pažeidžiama tuomet, kai kai kurie žmonės yra turtingi ir gali nusipirkti reklamą laikraščiuose, pažadėti stambų indėlį į

politines kampanijas ir t. t., tuo tarpu kiti neturi galimybių jokiu iš šių būdų daryti įtaką politikai. Tačiau galėtume pamėginti atidėti šią sunkią problemą į šalį, teisę atskirdami nuo tos teisės vertės.[48] Galėtume sakyti, – preliminariai, – jog politinė lygybė reikalauja, – mažų mažiausiai, – kad kiekvienas turėtų vienodas galimybes daryti įtaką politiniams sprendimams, taigi kad visos teisinės kliūtys galiotų kiekvienam, atidėdami į šalį klausimą, ar politinė lygybė taip pat reikalauja, kad kiekvieno galimybės jam turėtų tą pačią vertę.

Ar įstatymas, draudžiantis marksistinių teorijų raišką, pažeidžia šitaip aprašomą politinę lygybę? Tarkime, jog kas nors sako, kad nors tas įstatymas išties nepripažįsta tam tikros galimybės daryti įtaką politiniams sprendimams, jis jos nepripažįsta visiems. Šitai skamba kaip Anatole'io France'o pastaba, jog Prancūzijos įstatymai yra egalitariniai, nes tiek turčiams, tiek vargšams draudžia miegoti po tiltais.[49] Tačiau kas su šiuo argumentu yra ne taip? Ar jis būtų geresnis *Coheno* („Fuck the Draft!") byloje?[50] Įstatymas, draudžiantis žmonėms nešioti nepadorius užrašus ant nugaros, neleidžia Cohenui tuo būdu pateikti savo politinių argumentų. Tačiau jis ir jo politiniams priešams draudžia ant nugaros nešioti prie tarnybinio kostiumo prisiūtą užrašą „Fuck Karl Marx!" Aukščiausiasis teismas apgynė Cohenaą, remdamasis argumentu, anot kurio, supaprastintai kalbant, tokios priemonės, įskaitant retorinį stilių, yra neatsiejamos nuo paties pranešimo.[51] Toks yra ir Ely argumentas, palaikantis Teismo sprendimą.[52] Tačiau kai kurie žmonės bet kurioje politinio ginčo pusėje pritartų *Coheno* priemonių ir retorikos naudojimu ir todėl būtų irgi suvaržyti normos, priešingos *Coheno* bylos sprendimui.

Taigi jeigu mes norime pasakyti, jog norma, priešinga *Coheno* bylos sprendimui, pažeistų politinės galios lygybę, turime vėl grįžti prie idėjos, kurią prieš akimirką paskubėjome atidėti į šalį. Turime pasakyti, jog lygybė politinės galios atžvilgiu turi paisyti ne tik galimybių, kurias žmonės turi, jeigu nori jomis naudotis, bet ir tų galimybių vertės jiems. Pagal šį aiškinimą, tiems, kurie radikaliai prieštarauja politinei struktūrai, turi būti leidžiama reikšti protestą kalba, derančia su jų situacijos supratimu, jeigu laisvas žodis jiems turi turėti tą pačią vertę,

kokią jis turi buržuazinio establišmento nariui. Turime paisyti vertės, kad laisvą žodį apgintume dabar svarstomais pagrindais net ir lengvesnės klasikinės bylos atveju, kurį išdėsčiau pirma. Įstatymas, draudžiantis publikuoti marksistinę literatūrą, pažeidžia politinės galios lygybę, nes nors jis palieka marksistui laisvę sakyti lygiai tą pat, ką gali pasakyti bet kas kitas, laisvą žodį jis daro jam daug mažiau vertingą. Iš tiesų jis sunaikina jo vertę jam, nors jokiu būdu nesumenkina jo vertės kitiems, kurie niekuomet nesusigundys marksizmu ir niekuomet nenorės girdėti, ką mano marksistai.

Kai pripažįstame, jog tariamai apie sąlygų kūrimą kalbantys argumentai už laisvą žodį turi įtraukti vertės dimensiją, pavojus tampa akivaizdus. Mat pats natūraliausias galimybės vertės matas yra pasekmės, o ne tolesnės procedūros. Teisės dalyvauti politiniame procese yra vienodai vertingos dviem žmonėms tik tuo atveju, jeigu šios teisės daro tikėtina, jog kiekvienas iš jų sulauks vienodos pagarbos ir kiekvieno interesai sulauks vienodo rūpesčio ne tik politinių pareigūnų atrankoje, bet ir sprendimuose, kuriuos šie pareigūnai daro. Tačiau tuomet argumentacija, ginanti laisvą žodį (ar bet kokį kitokį bruožą, skiriantį vieną demokratijos koncepciją nuo kitos), staiga ima atrodyti kaip rezultatų argumentai. Tai, ar politinių galimybių, teikiamų sistemos, vertė yra vienoda, priklausys nuo to, ar įstatymų leidybos aktas, kurio galima tikėtis proceso pabaigoje, visus traktuos kaip lygius.

Tačiau tai, koks standartas yra teisingas sprendžiant, ar tam tikras įstatymų leidybos aktas traktuoja žmones vienodai, yra kontroversiška. Jeigu kas nors mano, kad įstatymų leidybos aktas traktuoja žmones kaip lygius tuomet, kai subalansuotai paiso visų jų naudos perspektyvų, nedarydamas skirties tarp asmenų, tai jis naudos tuos argumentus, kuriuos aš anksčiau apibūdinau kaip grynai utilitarinę argumentaciją demokratijai ginti ir galimybę rinktis iš konkuruojančių demokratijos koncepcijų. Jeigu kas atmeta šį utilitarinį žmonių kaip lygių traktavimo aiškinimą kokio nors aiškinimo naudai, kuris taria, jog žmonės netraktuojami kaip lygūs, jeigu legislatyviniai sprendimai negerbia tam tikrų fundamentalių teisių, tai šitai turi neišvengiamai paveikti jo kalkuliaciją, turinčią nustatyti, kada politinis pro-

cesas užtikrina tikrą politinės galios lygybę. Tačiau tai reiškia, jog teisėjai, atsakingi už geriausios demokratijos koncepcijos identifikavimą ir gynimą, negali išvengti būtent tos rūšies politinės moralės sprendimų, kurių išvengti Ely trokšta labiausiai: sprendimų dėl individualių konkrečių teisių. Teisėjai gali manyti, jog utilitarinis atsakymas į individualių teisių klausimą – jog žmonės neturi teisių – yra teisingas. Tačiau tai yra konkretus politinės moralės sprendimas. Ir kiti teisėjai nesutiks. Jeigu jie nesutiks, tai sugestija, jog jie turi apginti geriausią demokratijos koncepciją, neatleis jų nuo pareigos svarstyti, kokias teises žmonės turi.

Lygybė ir procesas

Tarkime, jog pradedame iš kito galo. Užuot klausę, ko reikalauja demokratija, – o tai veda prie klausimo, kokias teises žmonės turi, pastarąjį klausimą iškelkime tiesiai. Pradžiai galime šį klausimą iškelti kitos Ely rūpimos svarbiausios temos kontekste: rasinio teisingumo problematikos kontekste. Tarkime, jog rasistinis nusiteikimas yra toks paplitęs bendruomenėje, kad įstatymai, specialiai priimti turint tikslą pabloginti nekenčiamos rasės padėtį, pažeistų daugumos žmonių bendras preferencijas, net matuojant pagal intensyvumą ir ilgalaikės perspektyvos požiūriu. Grynas utilitarizmas (ir grynas mažoritarizmas) tuomet palaikytų šiuos įstatymus, nes tai įstatymai, kuriuos išleistų legislatūra, visų piliečių preferencijas vertinanti vienodai, be jokios atodairos į tų preferencijų pobūdį ar šaltinį. Jeigu teisėjas pripažįsta gryną utilitarinį žmonių kaip lygių traktavimo paaiškinimą, tai jis turi padaryti išvadą, jog šiomis aplinkybėmis įstatymai, sąmoningai sukurti siekiant ekonominės nenaudos juodaodžiams (pavyzdžiui, nesuteikiantys jiems galimybės dirbti tam tikrus darbus ar įgyti tam tikras profesijas), traktuoja juodaodžius kaip lygius. Jis negali remtis lygybe ar bet kokia egalitarine demokratijos teorija, kad pasmerktų tokius įstatymus.

Tačiau mes žinome, jog tokie įstatymai netraktuoja juodaodžių kaip lygių. Kokia lygybės teorija tuomet turime remtis? Manau, pradinė

alternatyva yra štai kokia. Mes galėtume teigti, pirma, jog šie įstatymai neišlaiko lygybės kriterijaus, nes pažeidžia kokį nors esminį juodaodžių interesą, kuris pats savaime yra toks svarbus, kad neturėtų būti paliktas utilitariniam išskaičiavimui. Šitai apeliuoja į įstatymų leidybos akto pasekmes, atskiriant jas nuo jį išleidusių įstatymų leidėjų motyvų ar įsitikinimų. Tačiau tuomet mums reikia teorijos, aiškinančios, kuris interesas čia pažeistas ir kodėl jis yra fundamentalus. Ar tai – ekonominis interesas? Individualus interesas turėti tokias pačias galimybes, kurias turi kiti? Grupinis interesas turėti tokias pačias galimybes kaip kitų rasių? Kodėl bet kuris iš šių interesų yra fundamentalus interesas? Mes pripažįstame, jog daugelis svarbių interesų, kuriuos turi žmonės, vis dėlto gali būti aukojami kompromisui visuotinės gerovės labui; kai kuriuose versluose žmonės klesti, tuo tarpu kitus žlugdo nesėkmės, nulemtos politinių sprendimų, pateisinamų teiginiu, jog visai bendruomenei tuomet yra geriau. Kodėl interesai, aukojami kompromisui rasiškai diskriminatyvia įstatymų leidyba, kad ir kokie jie būtų, yra kitokie? Taip negali būti dėl to, kad žmonės labiau rūpinasi šiais interesais arba patiria didesnę kančią, kai jie paminami visuotinai gerovės teiginių. Toli gražu nėra akivaizdu, kad žmonėms jie labiau rūpi ir kad jie labiau kenčia, ir, šiaip ar taip, gryna utilitarinė analizė savo išskaičiavimuose paisys šios ypatingos kančios ar ypatingai griežtos preferencijos. Jeigu tų interesų vis tiek nepaisoma, kodėl jie nusipelno išskirtinio gynimo teisių?

Nemanau, jog į tokius klausimus kaip šie įmanoma patenkinamai atsakyti. Todėl turėtume apsvarstyti savo antrąją alternatyvą. Galėtume teigti, jog rasiškai diskriminuojantys įstatymai yra neegalitariški ne dėl to, kad jie pažeidžia ypač svarbius interesus, bet todėl, kad yra nepriimtina prietaringą išankstinę nuostatą priskirti interesams ar preferencijoms, kuriuos valdžia turėtų siekti patenkinti. Šiuo atveju konstatuojame įstatymų leidybos privalomojo pateisinimo defektą, o ne kritikuojame jos pasekmes, suvokiamas nepriklausomai nuo šio pateisinimo. Mes pripažįstame, jog įstatymai, lemiantys lygiai tokius pačius ekonominius rezultatus, galėtų būti pateisinami skirtingomis aplinkybėmis. Tarkime, jog nesama jokios rasistinės

nuostatos, tačiau taip jau atsitiko, jog įstatymai, kurių padariniai buvo itin skaudūs būtent juodaodžiams, lėmė naudą bendruomenei kaip visumai. Šie įstatymai tuomet būtų ne labiau neteisingi nei įstatymai, kurie lemia ypatingą nenaudą užsienio automobilių importuotojams arba amerikiečiams, gyvenantiems užsienyje, tačiau lemia naudą bendruomenei kaip visumai. Rasiškai diskriminuojanti įstatymų leidyba mūsų sąlygomis yra neteisinga dėl to, kad joks prietaringos nuostatos nesaistomas jos pateisinimas nėra įmanomas arba, bet kuriuo atveju, todėl, kad mūsų negali įtikinti tai, jog bet kuris politinis darinys, išleidžiantis tokį įstatymų aktą, remiasi laisvu nuo prietaringos nuostatos nesaistomu pateisinimu.

Manau, jog šis antras argumentas yra racionalus ir teikia adekvatų (nors ir nebūtinai išskirtinį) pagrindą teisminei peržiūrai.[53] Be to, viena prasme tai yra tos peržiūros pateisinimas, apeliuojantis į „procesą", arba *Carolene Products* tipo pateisinimas. Jis skelbia, jog teisės, sukurtos konstitucinių deramo proceso ir vienodos apsaugos klauzulių, apima teises į tai, kad įstatymai nebūtų priimami dėl tam tikrų motyvų, bet neapima teisių į tai, kad nebūtų priimami įstatymai, lemsiantys tam tikras pasekmes. Tai teorija, kuria iš tikrųjų remiasi ir pats Ely (nepaisant daug ko, ką jis sako).[54]

Tačiau būtų klaida tarti (kaip daro Ely), jog teisėjai galėtų pasirinkti arba pritaikyti šią teisminės peržiūros teoriją, nesiimdami klausimų, kurie pagal bet kokį aiškinimą yra esminiai politinės moralės klausimai. Teisėjai turi nuspręsti, pavyzdžiui, jog grynas utilitarizmas yra neteisingas ir kad žmonės išties turi teises, kurios koziriuoja tiek nevaržomos naudos maksimizaciją, tiek mažoritarinius sprendimus, aptarnaujančius nevaržomą naudą. Tai – ne procedūriniai sprendimai tos rūšies, kuriuos, Ely manymu, teisėjai ir teisininkai daro geriausiai. Jis sako, jog demokratija reikalauja, kad dauguma spręstų svarbius politinio principo klausimus, ir kad todėl demokratija pašlyja, kai šie klausimai paliekami teisėjams. Jeigu tai tiesa, tai paties Ely argumentai smerkia vienintelę įmanomą „procesu" grindžiamą teisminės peržiūros teoriją, tą pačią teoriją, kurią jis pats, deramai interpretuojant, teikia. Jeigu mums reikia teisminės peržiūros teori-

jos, kuri teiktų priimtinus rezultatus – kuri leistų teismui panaikinti rasiškai diskriminuojančius įstatymus, net jeigu jie naudingi bendruomenei kaip visumai, skaičiuojant kiekvieno asmens interesą kaip vienetą, – mes negalime remtis idėja, jog Aukščiausiasis teismas turi rūpintis procesu kaip turinio priešingybe. Vienintelė priimtina „procesu" grindžiamos teorijos versija pati korektišką procesą – procesą, kurį turi ginti Teismas, – daro priklausomą nuo sprendimo, kokias teises žmonės turi arba kokių neturi. Taigi aš nesutinku su paties Ely pateikiamu savo teorijos apibūdinimu. Jis mano, jog ji leidžia teisėjams išvengti esminių klausimų politinėje moralėje. Tačiau taip yra tik dėl to, kad pati teorija išsprendžia tuos klausimus, o teisėjai gali pripažinti šią teoriją tik jeigu jie pripažįsta esminius sprendimus, joje įamžintus.

Čia prieiname klausimą, svarbesnį nei apibendrinimo problema. Ely mano, jog „procesu" grindžiama teisminės peržiūros teorija griežtai apribos tos peržiūros mastą. Jis, pavyzdžiui, sako, jog tokia teorija neleidžia Teismui įgyvendinti „teisės būti skirtingam".[55] Tačiau tai dabar atrodo arbitralu ir reikalauja daug daugiau pateisinamųjų argumentų, negu pateikia Ely. Kodėl rasistinė nuostata yra vienintelė grėsmė vienodam traktavimui legislatyviniame procese? Jeigu teismas turi užtikrinti vienodą žmonių traktavimą tame procese, ar jis neturėtų – dėl tos pačios priežasties – taip pat panaikinti įstatymus, delegalizuojančius kontraceptines priemones ar homoseksualius santykius? Tarkime, jog vienintelis įtikinamas šių įstatymų pateisinimas glūdi fakte, jog dauguma bendruomenės narių mano, kad kontracepcija arba homoseksualumas prieštarauja sveikai seksualinei moralei. Arba kad uždraudžiant kontraceptines priemones ir homoseksualius ryšius tarnaujama daugumos valiai. Arba kad tuo būdu bus geriausiai pasitarnauta naudai ilgalaikės perspektyvos požiūriu, turint omenyje įsišaknijusį bendruomenės priešiškumą šioms praktikoms. Jeigu rasistinę nuostatą neteisinga laikyti paisytinu įstatymų leidybos pagrindu, nes antraip žmonės netraktuojami kaip lygūs, kodėl nėra taip pat neteisinga – taigi taip pat vienodo atstovavimo pamynimas – laikyti paisytinais daugumos moralinius įstikinimus dėl to, kaip kiti žmonės turi gyventi?

Kai kurie žmonės laiko aksioma tai, jog bet kokia teisinė perskyra, pagrįsta rase, pažeidžia demokratiją, todėl mums nereikia jokio kito bendro paaiškinimo, kodėl rasinė diskriminacija yra nekonstitucinė. Tačiau tai atrodo arbitralu, ir Aukščiausiasis teismas, regis, tokį argumentą atmetė. Jį atmeta ir Ely.[56] Todėl Ely reikia bendresnio paaiškinimo, kodėl politiniame pateisinime laikyti paisytina rasistinę nuostatą reiškia pažeisti lygybę. Kai turėsime tokį bendresnį paaiškinimą, kils klausimas, ar tas paaiškinimas galioja ir už rasės problematikos ribų ir ar jis galioja taip pat ir įstatymų leidybai, paremtai paplitusiomis nuomonėmis apie seksualinę moralę.

Ely tik užsimena apie šią problemą išnašoje apie teisės aktus, kriminalizuojančius homoseksualius santykius:

> Taip pat nėra nekonstituciška delegitimuoti aktą, vadovaujantis *bona fide* jausmu, jog jis yra nemoralus: šiuo jausmu, bent iš dalies, remiasi dauguma baudžiamųjų įstatymų. (Mėginti visuotinai uždrausti elgesį, suvokiamą kaip nemoralų, nėra tas pat, kaip reliatyviai pabloginti tam tikros grupės gyvenimo sąlygas tiesiog iš paprasto priešiškumo jos narių atžvilgiu. ... Mokydamas savo vaikus, koks elgesys, mano manymu, yra nemoralus, net bausdamas juos, kai jie taip elgiasi, galiu susilaukti kai kurių pasmerkimo, tačiau nuodėmė, kuria būčiau kaltinamas, yra paternalizmas ar kokia panaši, vargu ar mane kaltintų tuo, jog nesirūpinu savo vaikų interesais ar vertinu juos negatyviai.)[57]

Iš to nieko neišeis. Ely klysta manydamas, jog įstatymų leidyba, nukreipta prieš homoseksualus, paprastai yra motyvuojama rūpinimusi jų interesais. (Net jei jis būtų teisus, tai nepagrįstų reikalingos perskyros. Rasinė diskriminacija dažnai pateisinama – kartais nuoširdžiai – teiginiu, jog juodaodžiams geriau, kai jie turi „savo vietą" ar yra „tarp savų".) Tačiau jis yra teisus tardamas, jog utilitarinis įstatymų, nukreiptų prieš homoseksualus, pateisinimas nepalieka jų interesų „nepastebėtų" ir nevertina jų negatyviai. Jis turi omenyje visą žalos homoseksualams kainą, tačiau mano, kad ją

nusveria interesai tų, kurie nenori turėti reikalų su praktikuojančiais homoseksualais arba kurie juos ir jų kultūrą bei gyvenimą laiko žemesniais. Tačiau ir utilitarinis rasinės diskriminacijos pateisinimas neignoruoja juodaodžių interesų arba žalos, kurią jiems daro diskriminacija. Jis turi omenyje visą jos kainą, bet mano, kad jų interesus nusveria interesai kitų, kurie nenori turėti reikalų su juodaodžiais arba kurie laiko juos ir jų kultūrą bei įpročius žemesniais ir atgrasiais. Šie du utilitariniai pateisinimai yra formaliai panašūs, ir niekas Ely argumente nerodo, kodėl leisti vieną iš jų – reiškia nusižengti deramai demokratijos koncepcijai, o leisti kitą – nenusižengimas.

Ši bendra perskyra tarp proceso ir turinio taip pat neįgalina reikalingos skirties. Turime klausti, kodėl procesas, kuris rasistines nuostatas laiko atsižvelgtinomis pagrindžiant įstatymų leidybą, prieštarauja vienodam atstovavimui, o tada paklausti, ar mūsų paaiškinimas turi ir tolesnę implikaciją – ar jis sykiu nepripažįsta jokio vaidmens populiariesiems įsitikinimams apie privačią seksualinę moralę. Įvairiose vietose esu sakęs, panašiai, kaip darysiu netrukus, jog vienintelis adekvatus paaiškinimas išties turi tą implikaciją. Įstatymų leidyba, pagrįsta rasistine nuostata, yra nekonstitucinė ne dėl to, kad bet kokia perskyra, naudojanti rasę, yra nemorali, bet todėl, kad visokia įstatymų leidyba, kuri gali būti pateisinta vien apeliacija į daugumos preferencijas, nustatančias, kurie iš jų bendrapiliečių yra verti rūpesčio ir pagarbos arba kokį gyvenimą jų bendrapiliečiai turi gyventi, nepripažįsta lygybės.[58] Jeigu aš teisus, tai laisvės suvaržymai, kuriuos galima pateisinti vien tik tuo pagrindu, jog dauguma homoseksualumą laiko atgrasiu arba jiems nepriimtina kultūra, kurią jis generuoja, pažeidžia lygybę, taigi yra nesuderinami su atstovavimo teorija, grindžiama vienodu rūpesčiu ir pagarba. Iš to nedarytina išvada, kad jokia įstatymų leidyba, reguliuojanti seksualinį elgesį, yra neleistina. Pavyzdžiui, įstatymus, draudžiančius prievartavimą, galima pateisinti apeliuojant į visų žmonių įprastus interesus, pasitelkiant teisingumo teoriją, kuri nesiremia populiariaisiais įsitikinimais. Tačiau aš nemanau, kad šiuo būdu galima pateisinti įstatymus, draudžiančius savanoriškus homoseksualius aktus.

Aš neketinu naujai argumentuoti savo nuostatų šių įvairių teiginių akivaizdoje[59]. Tačiau jeigu Ely ir dabar atmeta mano argumentą, jis turi pateikti lygybės teoriją, kuri būtų pranašesnė. Kol kas nežinome, kokią teoriją jis gali pasiūlyti. Tačiau bet kuriuo atveju jo teorija turi būti pagrįsta kokiu nors teiginiu ar prielaida apie tai, kokias teises žmonės turi kaip kozirius nevaržomo utilitarinio išskaičiavimo atžvilgiu ir kokių teisių jie neturi. Taigi net jeigu jis gali pateikti teoriją, pateisinančią jo perskyrą tarp rasistinės nuostatos ir moralinio populizmo, jis turės atsisakyti savo pagrindinio teiginio – jog adekvačiai teisminės peržiūros teorijai nereikia užimti pozicijos tokių teisių klausimu.

Turėčiau pridurti, jog mano abejonės galioja Ely paradigminiam nederamos teisminės peržiūros pavyzdžiui, būtent *Roe v. Wade* bylai.[60] Tačiau čia problema sudėtingesnė. Kokie aborto draudimo pateisinimai įmanomi, sakykime, kai turima reikalų su ankstyvuoju, iki trijų mėnesių nėštumu? Jeigu atmetame – kaip mediciniškai nepagrįstą – idėją, jog abortas yra pavojingas motinai, tai į galvą ateina du pagrindiniai pateisinimai. Pirmasis apeliuoja į daugumos moralines opinijas, nedarydamas prielaidos, kad šios yra protingos. Tačiau jeigu mes manome, jog tokių preferencijų laikymas paisytinomis pateisinant laisvės suvaržymą prieštarauja lygybei, tai mūsų teorija smerkia šį pateisinimą kaip nepriimtiną. Antrasis pateisinimas grindžiamas negimusiųjų interesais. Jeigu negimę kūdikiai yra žmonės, kurių interesų, nenusižengdama deramumui, gali paisyti legislatūra, tai šis antrasis pateisinimas yra geras ir atitinka vienodo atstovavimo kriterijų. Tačiau šią gilią ir įrodymo keliu neišsprendžiamą problemą teismas turi spręsti pats. Klausimo, ar negimę kūdikiai yra žmonės, jis negali perleisti daugumai, nes tuo pripažintų daugumos moralinėms opinijoms autoritetą teikti pateisinimą legislatyviniams sprendimams, o būtent tai mūsų vienodo atstovavimo teorija draudžia. (Dėl tos pačios priežasties jis taip pat negali nei deleguoti tą klausimą legislatūrai, nei pripažinti tą atsakymą, kurį teikia pati legislatūra.) Aš neteigiu (dabar) nė vieno iš požiūrių į abortą arba – kad *Roe v. Wade* buvo teisingai išspręsta. Aš tik tvirtinu, jog kerėjimo žodžiai „proce-

sas“, „demokratija“ ar „atstovavimas“ darbo už mus nepadarys. Visas darbas – dar prieš akis.

PRINCIPO FORUMAS

Matėme, kiek gabumų sutelkta siekiant sutaikinti teisminę peržiūrą ir demokratiją. Strategija – ta pati: parodyti, jog derama teisminė peržiūra nereikalauja iš Aukščiausiojo teismo esminius legislatyvinius sprendinius pakeisti šviežiais savo paties sprediniais. Skiriasi taktika. Viena programa teigia, jog tokį konstitucinės priežiūros lygį, kokio reikia, teismas gali pasiekti remdamasis „Kūrėjų“ „intencija“. Kita – jog Teismas gali išvengti demokratijos pamynimo, prižiūrėdamas pačios demokratijos procesą. Abi šios programos prieštarauja pačios sau: jos įkūnija būtent tokius konkrečius sprendinius, kuriuos, pasak jų, privalu palikti žmonėms. Bėgant nuo esmės neišvengiamai grįžtama prie esmės.

Jeigu teisminė peržiūra mums iš viso reikalinga – jeigu mes nenorime atšaukti *Marbury v. Madison* bylos sprendimo – tai turime pripažinti, jog Aukščiausiasis teismas privalo daryti svarbius politinius sprendimus. Klausimas yra veikiau tas, kokie motyvai – jo rankose – yra geri motyvai. Mano paties požiūris yra tas, kad Teismas turėtų daryti principo, o ne politinės nuostatos sprendimus – sprendimus apie tai, kokias teises turi žmonės mūsų konstitucinės sistemos sąlygomis, o ne sprendimus apie tai, kaip labiau paskatinti visuotinę gerovę, – ir kad šiuos sprendimus jis turėtų daryti išplėtodamas ir taikydamas konkretaus atstovavimo teoriją, išvestą iš kertinio principo, jog valdžia turi traktuoti žmones kaip lygius. Ar aš esu teisus, tai teigdamas, ir ką tai reiškia, yra teisės ir politinės teorijos klausimai, ir būtent šių klausimų, mano galva, mes turėtume imtis.

Ar, nepaisant to, mes vis vien visa tai turėtume pripažinti su apgailestavimu? Ar tikrai mus turėtų trikdyti tai, jog mūsų demokratijos versijoje paskirtasis teismas turi spręsti tam tikrus politinės moralės klausimus, liečiančius kievieną? Galbūt – tačiau tai kur kas sudėtingesnis dalykas nei dažnu atveju pripažįstama. Jeigu atsisakome

idėjos, jog esama kanoninės demokratijos formos, tai turime atsižadėti ir idėjos, jog teisminė peržiūra yra neteisingas dalykas, nes neišvengiamai stato į pavojų demokratiją. Iš to negalima daryti išvados, jog teisminė peržiūra yra geras dalykas. Galima daryti tik tą išvadą, jog šio klausimo negalima išspręsti etikečių klijavimo būdu. Ar geriausi politinės moralės principai reikalauja, kad visuomet būtų tarnaujama daugumos valiai? Šis klausimas pats yra atsakymas. Tačiau tai tik kruopštaus teisminės peržiūros moralės nagrinėjimo pradžia.

Jeigu imamės tokio tyrimo, turėtume nuolat turėti omenyje, ką mes laimėjome šios institucijos idėjos ir praktikos dėka. Turiu galvoje ne tik mūsų teisės ir papročių permainas, pasiektas Aukščiausiojo teismo. Kiekvienas, studijuojantis mūsų teisės istoriją, ras sprendimų, vertų pasmerkti, kaip ir sprendimų, vertų pašlovinti. Teisminė peržiūra užtikrina, jog patys fundamentaliausi politinės moralės klausimai galiausiai bus keliami ir debatuojami kaip principo, o ne vien kaip politinės galios klausimai, o tokia transformacija negali įvykti, – kiekvienu atveju negali visiškai pavykti – pačioje legislatūroje. Tai svarbu, ir šios svarbos negalima susiaurinti iki faktinių sprendimų, priimtų šios pareigos saistomuose teismuose, svarbos.

Teisminė peržiūra yra skriamasis mūsų politinio gyvenimo bruožas, kurio mums pavydima ir kuris vis dažniau kopijuojamas kitur. Tai visa smelkiantis bruožas, nes jis verčia į politinius debatus įtraukti ginčą dėl principo, ne tik kai byla pasiekia Teismą, bet ir kol reikalas dar labai toli nuo teismo, ir teismas jau seniai pasibaigęs. Šie debatai nebūtinai užgriebia labai giliai, taip pat nepasakysi, jog jie visada labai stiprūs. Vis dėlto jie yra vertingi. Keletą pastarųjų dešimtmečių amerikiečiai debatavo dėl rasinės segregacijos moralės ir pasiekė tam tikrą konsenso lygį, principo lygmeniu, kuris anksčiau atrodė neįmanomas. Tie debatai nebūtų turėję to pobūdžio, kurį turėjo, jeigu ne Teismo sprendimai ir jų simboliškumas. Ir pats konsensas nėra esmingai būtinas tai vertei, kurią turiu galvoje. Amerikos viešosios tarnybos pareigūnai – ypač ta didžiulė jų masė, kurie išėjo į teisės mokyklas, – nesutaria, kokiu mastu tuos, kurie kaltinami nusikaltimais, turėtų saugoti baudžiamojo proceso efektyvumas, taip pat

nesutaria dėl aukščiausios bausmės. Jie nesutaria dėl lyties ir kitų nerasinių perskyrų įstatymų leidyboje, dėl afirmatyviojo veiksmo, aborto ir moksleivių teises į vienodą viešąjį lavinimą nepriklausomai nuo to, ar jie gyvena turtingose, ar vargingose valstijos apylinkėse. Tačiau šie pareigūnai, kaip grupė, yra nepaprastai jautrūs politinio ir moralinio principo dalykams, slypintiems šiose kontroversijose; jautresni, manau, net už, pavyzdžiui, puikiai išsilavinusius ir įspūdingus Britanijos pareigūnus. Aš nenoriu pasakyti, kad jų mokytojas buvo Teismas. Daugelis iš jų reiškia gilų nepasitenkinimą tuo, ką yra pasakęs Teismas. Tačiau jie nebūtų tokie jautrūs principui, jei neegzistuotų teisinė ir politinė kultūra, kurios šerdis yra teisminė peržiūra. Jei nebūtų tos kultūros, tai ir visuomenė, kuriai jie atstovauja, neskaitytų ir nedebatuotų, ir galbūt net nebalsuotų taip, kaip ji tai daro.

Learnedas Handas mus įspėjo, jog mums nedera būti valdomiems teisėjų filosofų, net jeigu mūsų teisėjai būtų geresni filosofai negu yra dabar.[61] Tačiau ši grėsmė tėra – ir liks – hiperbolė. Mes pasiekėme balansą, kuriame Teismas atlieka savą vaidmenį valdyme, tačiau jokiu būdu ne pagrindinį vaidmenį. Akademiniai teisininkai daro meškos paslaugą, mėgindami užmaskuoti politinius sprendimus, kuriuos šis balansas skiria kaip užduotį teisėjams. Akademinių ganytojų, serginčių kokios nors kanoninės pradinės intencijos mitą, valdžia nėra geresnė už platoniškųjų sargybinių, kad ir kitaip apsirengusių, valdžią. Bus kur kas naudingiau, jei mes atvirai ir tikslingai darbuosimės, kad parodytume, jog nacionalinis principo argumentas, kurį teikia teisminė peržiūra, mums yra geresnis argumentas. Mes turime instituciją, kuri reikalauja kai kuriuos klausimus iš galios politikos mūšio lauko perkelti į principo forumą. Jis puoselėja pažadą, jog giliausi, fundamentaliausi konfliktai tarp individo ir visuomenės kada nors, kur nors galiausiai taps teisingumo (*justice*) klausimais. Aš to nevadinu pranašų religija.[62] Aš tai vadinu teise.

3. Principas, politinė nuostata, procedūra*

Nėra dalyko, kurio praktinė svarba teisininkui būtų labiau netarpiška negu normos, reguliuojančios jo paties strategijas ir manevrus; ir niekas neprodukuoja daugiau gilių filosofinių galvosūkių nei klausimas, kokios turėtų būti tos normos. Vieną tokį galvosūkį galima nusakyti labai lakoniškai. Žmonės turi pamatinę teisę nebūti be kaltės apkaltinti nusikaltimu. Jeigu prokuroras turėtų persekioti asmenį, kurį žinotų esant nekaltą, anoks pateisinimas ar ginamasis argumentas būtų tai, jog to asmens nuteisimas sutaupys kažkiek bendruomenės lėšų ar kokiu kitu būdu pakels visuotinę gerovę. Tačiau kai kuriais atvejais yra neaišku, ar asmuo yra kaltas dėl tam tikro nusikaltimo, ar ne. Ar iš to darytina išvada, jog kiekvienas pilietis turi teisę į įmanomai preciziškiausias procedūras jo kaltei ar nekaltumui nustatyti, kad ir kokios brangios šios procedūros būtų visai bendruomenei?

Tarkime (jei pasitelktume šiurkštoką pavyzdį), jog teismai būtų šiek tiek preciziškesni, jeigu prisiekusiųjų teismą sudarytų dvidešimt penki, o ne dvylika prisiekusiųjų, nors teismo procesai tuomet truktų daug ilgiau, bylų peržiūrėjimas būtų dažnesnis, o visas procesas – kur kas brangesnis. Jeigu mes ir toliau išlaikome dvylika teisėjų, kad sutaupytume tą lėšų skirtumą, šitai lems tai, jog kai kurie žmonės bus apkaltinti be kaltės. Ar tas sprendimas yra neteisingumo aktas visų tų atžvilgiu, kuriuos teisia dvylika prisiekusiųjų?

* Pastaba. Pirmą kartą publikuota kn. *Crime, Proof and Punishment, Essays in Memory of Sir Rupert Cross* (London and Boston: Butterworths, 1981.) © Ronald Dworkin.

Jeigu taip, tai turime pripažinti, jog mūsų baudžiamoji sistema – tiek Jungtinėse Valstijose, tiek Britanijoje, taip pat visur kitur – yra neteisinga ir sistemingai pažeidinėja individualias teises. Mat mes suteikiame ne pačias preciziškiausias, kokias galėtume, procedūras nustatyti kaltei ar nekaltumui. Kartais mes taip darome tiesiog tam, kad sutaupytume viešąsias lėšas, o kartais – kad tiesiogiai užtikrintume tam tikrą socialinę naudą, pavyzdžiui, kad apsaugotume policijos galią rinkti informaciją neatskleidžiant informatorių vardų, – kad tokios informacijos iš jos negalėtų pareikalauti gynėjai teisme. Jeigu tai nėra sistemingas neteisingumas, tai kodėl?

Jeigu žmonės neturi teisės į įmanomai preciziškiausią teismo procesą, teisės, nepriklausomos nuo kainos, tai į kokį preciziškumo lygį jie turi teisę? Ar turėtume pulti į kitą kraštutinumą ir laikyti, jog žmonės, apkaltinti nusikaltimu, išvis neturi teisės į jokį apibrėžtą preciziškumo lygį? Tokią prielaidą darytume, jeigu pasirinktume išskirtinai visuomenės kaip visumos svarbiausių interesų finansinio efektyvumo apskaičiavimais pagrįstas teismo procedūras bei įrodymo taisykles, sudarydami lyginamąjį apkaltintojo interesų ir interesų tų, kuriems išeitų į naudą viešųjų lėšų sutaupymas didžiausios-naudos-didžiausiam-skaičiui būdu, balansą. Ar šis šaltas utilitarinis požiūris būtų suderinamas su mūsų liepsninga deklaracija, jog nekalti turi teisę likti laisvi? Jeigu ne, ar yra įmanoma kokia nors vidurio pozicija tarp šių dviejų kraštutinių teiginių, ginanti argumentą, jog individas turi teisę į pačias preciziškiausias procedūras, kokios įmanomos, ir kad jis iš viso neturi teisės į ką nors procedūrų atžvilgiu?

Tai sunkūs klausimai. Aš nesu girdėjęs apie kokį nors sistemingą jų svarstymą politinėje filosofijoje. Veikiau jie buvo palikti paprastai formulei, pasak kurios įrodymo ir procedūros klausimai turi būti sprendžiami nustatant „teisingą pusiausvyrą" tarp individo interesų ir visos bendruomenės interesų, – o tai tik problemos persakymas. Tiesą sakant, tai šis tas blogesnio nei tiesiog persakymas, mat kiekvieno individo interesai jau įtraukti į visos bendruomenės interesų balansą, tad pati tolesnio balanso idėja – balanso tarp jų atskirų interesų ir pirmojo balanso rezultatų – yra mįslinga. Turime pamėginti paieškoti naudin-

gesnių atsakymų į mūsų klausimus, įskaitant, jeigu įmanoma, paaiškinimą, kodėl šneka apie „deramą balansą“ iki šiol atrodė tokia priimtina. Tačiau pirma verta stabtelėti, kad pažymėtume, kaip mūsų klausimai susiję su virtine iš pažiūros skirtingų klausimų, tiek teorinių, tiek praktinių, kylančių įrodymą reguliuojančioje teisėje.

Galvosūkiai dėl turinio ir procedūros, sutinkami baudžiamojoje teisėje, kyla ir civilinėje teisėje, ir nors čia konfliktas tarp individualaus ir viešojo intereso dalykų yra galbūt ne toks dramatiškas, jis yra sudėtingesnis. Kai asmuo kreipiasi į teismą civiliniu reikalu, jis apeliuoja į teismą reikalaudamas įgyvendinti jo teises, ir argumentas, jog bendruomenei būtų geriau, jeigu ta teisė nebūtų įgyvendinta, nebus laikomas geru argumentu prieš jį. Turime būti atidūs, kad šioje vietoje nepatektume į įprastus spąstus. Labai dažnai tuo atveju, kai ieškovas savo argumentacijoje remiasi nuoroda į įstatymą, teikiantį jam teisę, į kurią jis dabar pretenduoja, pats tas įstatymas būna priimtas, imant istoriškai, dėl to, kad legislatūra manė, jog visa visuomenė turės naudos, utilitarine prasme, jeigu žmonės, tokie kaip atsakovas, turės juridinę teisę į tai, ką specifikuoja tas įstatymas. (Kitaip tariant, įstatymas buvo išleistas ne dėl principo, o dėl politinės nuostatos priežasčių.) Vis dėlto pareikštas ieškinys, paremtas tuo įstatymu, yra teisių ieškinys.

Tarkime, pavyzdžiui, jog ieškovas pateikia ieškinį pagal įstatymą, jam numatantį trigubą kompensaciją iš atsakovo, kurio verslas apribojo konkurenciją pirmojo nenaudai. Tarkime, jog legislatūra išleido šį įstatymą tik dėl ekonominių motyvų. Ji manė, jog šis įstatymas paskatins investicijas, sukurs darbo vietų, sumažins infliaciją ir kitaip prisidės prie visuotinės gerovės. Nepaisant to, net tokiu aiškiu atveju pats ieškovas, teikdamas ieškinį teismui, remiasi principo, o ne politinės nuostatos argumentu. Mat mūsų teisinės praktikos sąlygomis jis turėtų teisę laimėti net ir tuomet, jei pripažintų (o teismas sutiktų), jog politinės nuostatos požiūriu įstatymas buvo neišmintingas ir neturės tų naudingų pasekmių, kurių iš jo laukta, taigi kad visuomenės gerovė laimėtų, jei jis išeitų iš teismo tuščiomis. Norint šį teiginį padaryti principo, o ne politinės nuostatos teiginiu, nebūtina, kad kiekvienas iš

tikrųjų manytų, jog įstatymas yra neišmintingas kaip politinė nuostata. Tereikia, kad jo teiginys būtų nepriklausomas nuo jokių prielaidų apie įstatymo išmintį, o jis toks ir yra. Kol įstatymas neatšauktas, jis turi teisę į trigubą kompensaciją, kad ir kas būtų manoma apie politinės nuostatos pagrindus, kuriais remiantis jam buvo suteikta ta teisė.

Taigi ta pati problema, kurią įžvelgėme baudžiamosios procedūros struktūroje, iškyla ir civiliniuose procesuose. Mat čia dar aiškiau negu baudžiamojoje byloje matyti, jog teismo procesai teikia ne optimalią, kokia įmanoma, preciziškumo garantiją. Ir dar aiškiau matyti, jog lėšų taupymas, įgyvendinamas tokiu būdu, yra pateisinamas visuomenės bendrosios gerovės motyvais. Du klausimai, kuriuos kėlėme kalbėdami apie baudžiamąją teisę, vėl iškyla čia. Ar socialinės gerovės vaidmuo nustatant civilinę procedūrą suderinamas su mūsų supratimu, kad jeigu ieškovas arba atsakovas turi juridinę teisę laimėti, jis laimės arba turėtų laimėti net jeigu visuomenei tai nebūtų naudinga? Jeigu suderinamas – ar civilinio proceso šalys turi teisę į kokį nors apibrėžtą preciziškumo lygį? Ar tai tėra procedūrų ir įrodymo taisyklių, kurios, į viską atsižvelgiant, atrodo tarnaujančios visuotiniam viešajam intersui, klausimas?

Šie klausimai civilinių bylų kontekste sugestijuoja tolesnį galvosūkį dėl įrodymo teisės, galvosūkį, kuris priskirtinas bendresnei bylų sprendimo (*adjudication*) teorijai. Bijau, jog jam nusakyti prireiks daugiau vietos. Ką tik pasakiau, kad ieškovas civilinėje byloje tvirtina teisę laimėti, o ne vien teikia politinės nuostatos argumentą, jog jo laimėjimas atitiktų bendrą interesą. Dėl šito, manau, būtų bendriausiu lygiu sutariama kalbant apie tai, ką galėtume pavadinti lengvaisiais atvejais, t. y. atvejais, kai ieškovo teisė laimėti yra nekontroversiškai įtvirtinta kokio nors doktrininio autoriteto, tokio kaip įstatymas arba ankstesnė teismo nutartis, priimta pakankamai aukšto teismo. Kiekvienas sutiktų, jog ieškovo argumentas – jeigu paprasta nuoroda į įstatymą gali būti laikoma argumentu – yra principo, o ne politinės nuostatos argumentas.

Tačiau šitai nėra taip aišku sunkiojoje byloje, t. y. kai kompetentingi teisininkai nesutaria, kuri nutartis priimtina, nes vieninteliai

relevantiški įstatymai ar precedentai yra dviprasmiški arba nesama doktrininio autoriteto, į kurį būtų galima tiesiogiai apeliuoti, arba dėl kokios kitos priežasties įstatymas, kaip sako teisininkai, nėra nusistovėjęs. Tokiu atveju ieškovo teisininkai vis vien pateiks argumentą, aiškinantį, kodėl, į viską atsižvelgiant, argumentai ieškovo naudai yra stipresni negu atsakovo, o atsakovo advokatas pateiks kitokį argumentą, pagrindžiantį priešingą poziciją. Galiausiai teisėjas (galbūt ištisa virtinė teisėjų, jeigu pateikiama apeliacija dėl nutarties) spręs pasirinkdamas vieną iš tų dviejų argumentų ar galbūt pateikdamas kitokį – savo paties – argumentą. Aš manau, kad net sunkiosiose bylose, tokiose kaip šios, argumentai, kuriuos iškelia teisininkai ir kuriuos pripažįsta teisėjai, yra principo argumentai, o ne politinės nuostatos argumentai ir kad taip ir turi būti. Net tuo atveju, kai teisė yra (priklausomai nuo metaforos, kurią mėgstate) arba miglota, arba nenusistovėjusi, arba neegzistuojanti, ieškovo intencija, mano įsitikinimu, yra teigti, jog jis turi teisę laimėti, į viską atsižvelgiant, o ne tik tai, kad jeigu jis laimės, laimės visa visuomenė.

Tačiau aš (švelniai tariant) ne visus įtikinau, kad taip yra, ir įvairūs kritikai pateikė gausybę kontrpavyzdžių mano teiginiui paneigti. Daugelis iš jų yra paimti iš bendrosios procesinės teisės ir ypač iš įrodymą reguliuojančios teisės. Vieną tokį kompleksą kontrpavyzdžių, kaip manoma, teikia serija neseniai priimtų anglų sprendimų. Pavyzdžiui, *D v. National Society for the Prevention of Cruelty to Children* (D prieš Nacionalinę prievartos prieš vaikus prevencijos draugiją) byloje moteris, kuri anoniminio informatoriaus buvo neteisingai apkaltinta žiaurumu savo vaikų atžvilgiu, padavė į teismą atsakovę agentūrą ir pareikalavo paviešinti informatoriaus vardą.[63] Agentūra atsisakė tai padaryti motyvuodama, jog jeigu taptų žinoma, kad ji gali būti verčiama paskelbti informatorių vardus, ji gautų mažiau anoniminės informacijos, taigi jai būtų sunkiau ginti vaikus apskritai. Lordų rūmai pareiškė, jog nors paprastai tokiais atvejais teismai nurodytų atskleisti šios rūšies informaciją ikiteisminio tyrimo metu, šiuo atveju agentūros argumentas yra racionalus, nes informatoriaus vardo atskleidimas prieštarautų viešosios politikos interesams.

Apeliacinis teismas panašioje byloje priėjo priešingą rezultatą, bet remdamasis argumentu, kuris, kaip galėtų atrodyti, patvirtina politinės nuostatos argumentų svarbą tokiais atvejais.[64] Nežinomas Britų plieno korporacijos darbuotojas perdavė konfidencialų vidinį šios organizacijos memorandumą Granados televizijai, kuri tą memorandumą panaudojo laidoje, kritikuojančioje korporacijos vadovybę. Korporacija pareikalavo grąžinti dokumentą, ir Granada sutiko, bet dokumentą paretušavo taip, kad jame neliktų jokių ženklų, pagal kuriuos būtų galima nustatyti nelojalaus (korporacijos akimis) darbuotojo tapatybę. Tuomet korporacija, remdamasi diskrecijos teise, kurią įgalino Lordų rūmų sprendimas *Norwich Pharmacal* byloje, kreipėsi į teismą su reikalavimu paviešinti minėto darbuotojo vardą.[65] Lordas teisėjas Denningas apeliaciniame teisme pareiškė, jog jeigu ne tam tikros aplinkybės, kurias jis manė turint įtakos reikalo esmei, jis būtų turėjęs atmesti reikalavimą atskleisti informatorių – tuo pagrindu, jog žiniasklaida gali geriau vykdyti savo pareigą tarnauti gyvybiškai svarbiam viešajam interesui, jeigu iš jos nereikalaujama atskleisti savo informatorių vardų. Iš tikrųjų, palaikomas savo kolegų teisme, jis nurodė atskleisti šaltinį, nes, jo požiūriu, Granados televizija pasielgė neteisingai. Pavyzdžiui, ji nepranešė korporacijai pakankamai greitai, kad turi jos memorandumą, o televizijos interviu, pagrįstas tuo memorandumu, nepaisė prideramo etiketo.

Šis sprendimo pagrindas yra ir kvailas, ir žalingas. Ne teismų reikalas nei svarstyti redakcijos nuomonę, nei vertinti spaudos mandagumą, ir bet kokia teisės norma, kuri spaudos galias daro priklausomas nuo to, ką teisėjai mano apie jų išsiauklėjimą, yra didesnė grėsmė jų nepriklausomybei nei aiški norma, reikalaujanti iš jų įvardyti savo informatorius. Tačiau teismo pamatinis sprendinys – jog sprendžiant, kokia medžiaga gali būti atskleista ikiteisminio tyrimo metu civilinės teisės byloje, dera paisyti, kokių padarinių tai turės viešajai prieigai prie informacijos, – yra didžiai svarbus.

Mat net jeigu sakome, jog *D v. NSPCC* byloje įrodymo klausimą – ar įrodymui būtina, kad būtų atskleistas informatoriaus vardas, – teismas padarė priklausomą nuo vaikų konkuruojančių teisių – vaikų,

kurie būtų menkiau apsaugoti, jeigu būtų nurodyta atskleisti informatoriaus vardą, mes negalime laikytis tokio požiūrio *Granados* bylos atveju. Joks visuomenės narys neturi teisės į informaciją, kurią televizijos kompanijos prarastų, jeigu būtų priverstos atskleisti vardus tų, kurie į jas slaptai kreipiasi. Šis akivaizdus faktas kartais paskandinamas migloje fraze, kurią pastaraisiais metais išpopuliarino spauda, – jog visuomenė turi tai, kas vadinama „teise žinoti". Ši frazė yra prasminga tik jeigu ji suprantama kaip teigianti vien tai, jog apskritai visuomenės interesas yra turėti daugiau, o ne mažiau informacijos, pavyzdžiui, apie vidinį valstybės nuosavybėje esančių pramonės subjektų valdymą. Tai nereiškia, jog bet kuris individualus visuomenės narys turi teisę į šią informaciją ta griežta prasme, jog jo teisė būtų principo argumentas, reikalaujantis atskleisti šaltinį. Kitaip tariant, tai nereiškia, kad būtų neteisinga jam jos nepripažinti, net jeigu visa bendruomenė nukentėtų dėl tos informacijos atskleidimo. Taigi pamatinė prielaida *Granados* byloje – jog jeigu televizijos kompanija nebūtų nepaisiusi etiketo, Plieno korporacijos reikalavimas būtų buvęs atmestas dėl visuomenės suinteresuotumo informacija, atrodo besiremiąs politinės nuostatos, o ne principo argumentu, kad pateisintų teismo sprendimą.[66]

Tačiau jeigu pasirodo, kad yra taip, tai tenka suabejoti tiek deskriptyvia, tiek normatyvine mano teiginio apie sunkiąsias bylas puse. Normatyvinė pusė teigia, jog būtų neteisinga, jei teisėjai civilines bylas spręstų remdamiesi politinės nuostatos pagrindais. Tai teiginys apie galutinį atvejo vertinimą. Jis reikalauja (subjektyviu atžvilgiu), kad teisėjas neskirtų kompensacijos ieškovui, jeigu nemano, kad ieškovas turi teisę į tą išmoką. Nepakanka to, kad jis mano, esą sukuriant naują ieškovo teisę būtų pasitarnauta visuomenės interesui. Šitai savaime nesako nieko apie tai, kaip teisėjas turėtų formuoti savo nuomonę, *ar* ieškovas turi teisę į tam tikras teisines koreguojamąsias priemones. Nesako, kad jis neturi atsižvelgti į viešąjį interesą aiškindamasis, kokiu būdu jis (ar kiti atkaklūs fakto ir teisės tyrėjai) turėtų tirti tą klausimą. Tad mano teikiamas normatyvinis argumentas pats savaime nesmerkia teisėjų, kurie svarsto vienos įrodymo

taisyklės socialines pasekmes, palyginti su kitos pasekmėmis, spręsdami, ar turėtų reikalauti iš *NSPCC* ar Granados televizijos paviešinti tam tikrą informaciją, kuri bus panaudota nustatant jų konkrečias juridines teises.

Tačiau mano teiginio normatyvinė galia tikrai susilpnėtų – kai kurie pasakytų, jog prapultų, – jeigu teisėjams būtų leidžiama procedūrinius klausimus spręsti remiantis to, ką galėtume pavadinti grynais politinės nuostatos argumentais, pagrindu. Pavyzdžiui, jeigu klausimą, ar reikalauti iš NSPCC pateikti informatorių vardus, jiems būtų leidžiama spręsti tiesiog sudarant potencialaus nuostolio ieškovams balansą, palyginti su potencialia nauda vaikams, įprasta sąnaudų ir naudos kalkuliacija. Mat didžiavimąsi, jog visuomenė gerbia pretenzijas į teises net ir visuotinės gerovės sąskaita, tai paverstų tuščiu gestu, kurį galima lengvai sužlugdyti nepripažįstant procedūrų, reikalingų įgyvendinti tas teises, vien dėl to paties viešojo intereso, leidžiančio nesukti galvos dėl geresnių motyvų. Taigi tie, kuriems tai yra pasididžiavimo dalykas, turi priežastį aiškintis, ar įmanoma rasti kokią nors vidurio poziciją tarp neįgyvendinamos maksimalaus preciziškumo idėjos ir visa paskandinančio visų procedūrinių teisių neigimo.

Panašūs pavojai siejami su deskriptyviąja mano teiginių apie bylų sprendimą puse. Dar kartą: mano teiginys yra teiginys apie galutinį atvejo vertinimą byloje. Aš sakau, jog civilinius ieškinius teisėjai sprendžia laikydamiesi principo, o ne politinės nuostatos argumentų, net labai sunkiose bylose. Aš noriu pasakyti, kad jie neskiria išmokos, kurios reikalauja ieškovas, jeigu nėra įsitikinę, kad ieškovas turi teisę į tą išmoką, arba atmeta kompensacijos pretenziją, jeigu yra įsitikinę, jog ieškovas turi teisę į tai, kad ta pretenzija būtų atmesta. Ir vėl: šitai, griežtai kalbant, neapima jokio teiginio apie tai, kaip teisėjai – net būdingai – sprendžia, kaip nuspręsti, ar ieškovas turi teisę, ar jos neturi. Aš, žinoma, netvirtinu, jog teisėjai niekuomet nepaiso socialinių pasekmių sumetimų, rinkdamiesi įrodymo taisykles ar kitas procedūrines normas. Taigi anoks kontrpavyzdys mano teiginiui yra tie atvejai, kai teisėjai atsižvelgia į viešąjį interesą spręsdami, ar vaikų

gynimo organizacija arba spaudos organas privalo atskleisti informaciją, susijusią su jiems tekusios bylos sprendimu.

Tačiau ir vėl: mano deskriptyvinius teiginius pakirstų bet koks pripažinimas, jog tokie sprendimai dažnai buvo grynai politinės nuostatos dalykas, t. y. kad jie dažnai buvo sprendžiami įprastu utilitariniu išskaičiavimu, lyginant žalą kurio nors besibylinėjančiojo finansinei padėčiai su nauda plačiajai visuomenei, teikiama tam tikro išimtinio sprendimo. Mat kadangi griežta perskyra tarp turinio ir procedūros normatyviniu požiūriu yra arbitrali, kaip ką tik įsitikinome, tai bet kokia deskriptyvi teorija, kuri labai priklauso nuo tos perskyros, net jeigu ta teorija yra faktiškai tiksli, negali būti gili bylų sprendimo esmės teorija, o būtinai bus tik teiginys, kuris aplinkybių valia yra teisingas – galbūt dėl istorinio atsitiktinumo priežasčių – vienos bylų sprendimo dalies atžvilgiu ir neteisingas kitos atžvilgiu.

Taigi kiekvienam, kuris mano, kaip aš, jog konkrečių teisės klausimų sprendimas teisme yra principo dalykas ir kad šis teiginys yra svarbus tiek normatyviai, tiek teoriškai, ypač rūpės tai, ar įmanoma rasti kokią nors vidurio poziciją, įsiterpiančią tarp ekstravagantiškų ir nihilistiškų teiginių apie teises, kurias žmonės turi į procedūras teisme. Tačiau prieš galiausiai imdamasis šio klausimo, taip pat kitų iki šios vietos iškeltų klausimų, aš nusakysiu dar vieną teisinę kontroversiją, kuri daugelį iš šių klausimų iškelia dar kitokia forma.

Apeliacinis teismas ir Lordų rūmai inicijavo patrauklią diskusiją apie to, kas Britanijoje vadinama natūraliu teisingumu, o Jungtinėse Valstijose – deramu teisės procesu, reikalavimus. Pavyzdžiui, byloje *Bushell v. Secretary of State for the Environment* iškilo klausimas, ar Aplinkos departamentas, surengęs klausymus nustatyti, ar turėtų būti tiesiamas greitkelis per Birmingamo miesto dalį, gali nenusižengdamas deramumui tų klausymų problematiką susiaurinti tiek, kad ji neapimtų jo paties sudarytos Raudonosios knygos svarstymo – dokumento, išdėstančio tam tikras bendro pobūdžio prognozes apie eismo srautą, kurias departamentas parengė kaip rekomendacijas visai šaliai.[67] Departamentas neleido greitkelio tiesimui oponuojančioms grupėms kvestionuoti Raudonojoje knygoje pateiktų skaičių,

kuriuos jis siūlė laikyti sprendimo motyvacija, ir vietoj to svarstymus apribojo grynai vietinės reikšmės klausimais. Departamentas vėliau pripažino, jog skaičiai Raudonojoje knygoje buvo netikslūs, nes juos nustatant nebuvo atsižvelgta į numatomą greitkelio naudojimo intensyvumo mažėjimą, sąlygojamą išaugusios degalų kainos, tačiau vis vien teigė, kad jo sprendimas, būtent sprendimas tiesti greitkelį, buvo teisingas bet kuriuo atveju.

Oponuojančios grupės padavė departamentą į teismą, ir apeliacinis teismas, lordo Denningo sprendimu, paskelbė, jog galimybės kvestionuoti Raudonąją knygą nesuteikimas buvo natūralaus teisingumo nepaisymas, taigi kvestionavo svarstymus ir sprendimą. Lordų rūmai – nevieningoje nuomonėje – atšaukė tą nutartį. Pagrindinėje kalboje argumentuota, jog departamentas neviršijo savo teisių, vietinius klausymus apribodamas dalykais, kurie skirtingose vietovėse įvairuoja, ir neleisdamas svarstyti bendrųjų prognozių apie eismo srautą ir kitus dalykus, kurie turi būti sprendžiami centre, kad visus vietinius sprendimus būtų galima administruoti vieningu būdu.

Bushell byla prezentuoja tą pačią problemą, kurią svarstėme iki šiol, – sąsajos tarp turinio ir procedūrinių politinių sprendimų problemą, tačiau priešingu nuoseklumu. Mat nėra kontroversiška (manau) tai, jog sprendimas, ar tiesti greitkelį tam tikra kryptimi, yra, nesant ypatingų aplinkybių, – o šiuo atveju, manau, jų nebuvo – politinės nuostatos dalykas. Jeigu toks greitkelio tiesimas, kokį sumanė departamentas, atitiko bendrą visuomenės interesą, sprendžiant remiantis tikslaus neigiamo poveikio tiems, kurie turėjo labiausiai nukentėti dėl to sprendimo, įvertinimo pagrindu, tai sprendimas tiesti greitkelį buvo teisingas sprendimas. Joks individas ar grupė neturi teisės – griežtąja prasme, – saugančios nuo tokio sprendimo. (Nebūtų neteisinga tiesti greitkelį nepaisant bet kokio paskiro asmens prieštaravimo, kitaip tariant, jeigu greitkelio tiesimas būtų išties bendras interesas.) Žinoma, jeigu greitkelis keltų rimtą grėsmę bet kurio konkretaus individo gyvybei ar sveikatai, tai tikrai galėtų būti reikšminga. Tą asmenį tikrai būtų galima manyti turint teisę, saugančią jį nuo sprendimo tiesti greitkelį būtent ta

griežtąja prasme. Tačiau tai yra tos rūšies ypatinga aplinkybė, kurios, kaip aš tariu, šiuo atveju nebuvo.

Jeigu klausimas, ar tiesti tam tikros krypties kelią, yra politinės nuostatos klausimas, tai argi tolesnis klausimas – kokios formos ir masto viešuosius klausymus rengti siekiant išspręsti tą klausimą – nėra taip pat politinės nuostatos klausimas? Apeliacinis teismas galiausiai nepripažino šios sąsajos. Jis paskelbė, jog „natūralaus teisingumo" sumetimai galioja net klausymams, pasitelkiamiems politiniams sprendimams padaryti. Todėl turime paklausti, ar įsipareigojimas procedūrinėms teisėms baudžiamajame ir civiliniame teisės procese, kai esame pažengę identifikuodami šias teises, išties turi tą implikaciją.

Mes identifikavome seriją klausimų, kuriuos dabar pakartosiu, tiesa, kiek kitokia tvarka. (1) Ar teiginiai, jog žmonės turi teisę nebūti apkaltinami nusikaltimu, jeigu jie yra nekalti, atžvilgiu nuoseklu nepripažinti žmonėms jokių teisių, griežtąja prasme, į procedūras, leidžiančias tikrinti jų nekaltumą? (2) Jeigu ne, ar nuoseklumas reikalauja, kad žmonės turėtų teisę į kiek įmanoma preciziškesnes procedūras? (3) Jeigu ne, ar esama kokios nors apginti galimos vidurio pozicijos, pagal kurią žmonės turi kokias nors procedūrines teises, tačiau ne teises į įmanomai preciziškiausias procedūras? Kaip tokias teises būtų galima suformuluoti? (4) Ar mūsų išvados civilinei teisei galioja taip pat kaip baudžiamajai teisei? (5) Ar teismų sprendimai dėl procedūros, priimami teismo proceso metu, yra politinės nuostatos ar principo sprendimai? Kokie – politinės nuostatos ar principo – jie turėtų būti? (6) Ar žmonės turi procedūrines teises politinių politinės nuostatos sprendimų atžvilgiu?

Bus patogu pradėti nuo pirmųjų iš šių klausimų. Įsivaizduokime visuomenę, kuri įtvirtina teisę nebūti apkaltintam be kaltės kaip absoliučią, tačiau nepripažįsta ne tik teisės į patį preciziškiausią procesą, koks įmanomas, bet ir apskritai jokios teisės į jokį apibrėžtą procesą. Ši visuomenė (kurią vadinsiu finansiškai efektyvia visuomene), kurdama savo baudžiamąsias procedūras, įskaitant įrodymo taisykles,

numatomą kančią tų, kurie būtų klaidingai nuteisti, jeigu būtų pasirinkta tam tikra norma, tačiau būtų išteisinti, jeigu būtų įtvirtintas aukštesnis preciziškumo standartas, matuoja lygindama su nauda kitiems, kurią lemtų tos normos pasirinkimas vietoj to aukštesnio standarto.

Netiesa, kad teisė nebūti nuteistam be kaltės yra gryna iliuzija, neturi jokios vertės finansiškai efektyvioje visuomenėje. Mat ta teisė saugo žmones nuo tyčinio teisminio persekiojimo, vykdomo pareigūnų, kurie žino kaltinamąjį esant nekaltą. Tas draudimas neabejotinai turi moralinę vertę net finansiškai efektyvioje visuomenėje. Mat sąmoningai melagingai skelbti, kad asmuo įvykdė nusikaltimą, yra ypatingai neteisinga. Tai, be kitų dalykų, yra melas. Taigi neatrodo, jog moralinė schema, kuri pripažįsta nekaltų klaidų kaltės ar nekaltumo dalykuose riziką, kad būtų įmanomas viešųjų lėšų kitoms reikmėms taupymas, tačiau neleis tyčinio melo dėl to paties tikslo, yra logiškai nenuosekli.

Tačiau esama kitokios rūšies nenuoseklumo, kuriam paaiškinti prireiks vienos kitos akimirkos. Politinių teisių, tokių kaip teisė nebūti apkaltintam nesant kaltės, pagrindinė funkcija yra instruktuoti valdžią; todėl galėtume pasiduoti pagundai manyti, jog anokia katastrofa, kai valdžia, nors ir paiso šios instrukcijos, padaro nekaltą riktą. Tačiau taip sakyti neteisinga, nes teisių pažeidimas sukelia ypatingos rūšies skriaudą, ir ta skriauda žmonėms gali būti padaryta, net jei pažeidimas yra atsitiktinis. Kitaip tariant, turime padaryti perskyrą tarp to, ką galėtume pavadinti gryna žala, kurią asmuo patiria baudžiamas, nesvarbu, ar ta bausmė teisinga, ar neteisinga – pavyzdžiui, kančia arba nusivylimas, arba skausmas, arba norų nepatenkinimas, kuriuos jis patiria tiesiog dėl to, kad netenka savo laisvės arba yra sumušamas ar nužudomas, – ir kitos skriaudos, kurią jį būtų galima sakyti patiriant visada, kai jo baudimas yra neteisingas, – tiesiog dėl to neteisingumo. Pastarąjį dalyką vadinsiu „neteisingumo faktoriumi“, implikuojamu jo baudimo, arba jo „moraline“ skriauda. Žala, kurią kas nors patiria baudžiamas, gali apimti apmaudą arba pyktį, ar kokią panašią emociją, ir labiau tikėtina, kad kokią nors tokios rūšies emociją ji apims tuo atveju, kai baudžiamasis asmuo baudimą

mano esant neteisingą, nepriklausomai nuo to, ar jis yra neteisingas, ar ne. Bet kokia tokia emocija yra grynos skriaudos dalis, o ne neteisingumo faktoriaus dalis. Pastarasis yra objektyvi sąvoka, kuri presuponuoja, jog asmuo patiria ypatingą skriaudą, kai jis traktuojamas neteisingai, nesvarbu, ar jis apie tai žino ir ar tai jam rūpi, tačiau tokios skriaudos nepatiria, kai nėra traktuojamas neteisingai, net jei jis mano, kad yra traktuojamas neteisingai ir jam tai kelia rūpestį. Tai, ar tas, kuris neteisingai baudžiamas, patiria didesnę grynąją skriaudą tuo atveju, kai žino, jog pareigūnai padarė klaidą, negu tuo atveju, kai žino, kad jie tyčia jį neteisingai apkaltino, yra empirinis klausimas. Tačiau, jeigu pastarosios pastraipos prielaida yra teisinga, tai moralinis faktas yra tas, jog neteisingumo faktorius jo skriaudoje yra didesnis antruoju atveju.

Galima laikytis štai kokio skeptiško požiūrio į neteisingumo faktoriaus, kaip žalos ar skriaudos komponento, idėją. Ši idėja (būtų galima pasakyti) painioja žalos, kurią asmeniui padaro oficialūs sprendimai, dydžio klausimą su kitu klausimu, ar ta žala yra teisinga, ar neteisinga. Tas, kuris patiria tam tikro lygio skausmą ar nusivylimą, ar netenka teisių dėl tam tikros bausmės, – „grynąją“ žalą, – nepatiria *daugiau* žalos, kai yra nekaltas, negu tuo atveju, kai yra kaltas. Žala, kurią jis tikrai patiria, yra neteisinga pirmuoju atveju, kad ir koks būtų tos žalos dydis, tačiau šį momentą tik suvelia pasakymas, jog neteisingumas kokia nors prasme padidina tą žalą. Nepaisant to, mes ištes jaučiame simpatiją asmeniui, kai sužinome, kad jis buvo apgautas, net jeigu nieko daugiau nesužinome apie jo patirtą grynąją žalą, ir mes tikrai manome, jog asmuo patiria skriaudą, kai jam meluojama, net kai jis to nesužino ir nepatiria dėl to jokios grynosios žalos.

Tačiau mano dabartiniam tikslui nėra svarbu tai, ar atskiros moralinės žalos idėja yra pripažįstama, ar atmetama, nes net jeigu mes atmetame tą idėją, vis vien turime pripažinti jos esmę kitokia forma. Mat neabejotina, jog mes norime turėti galimybę pasakyti, jog situacija, kai nuteisiamas nekaltas asmuo, yra blogesnė tiesiog dėl neteisingumo, net jeigu nelinkstame sakyti, jog tam asmeniui blogiau; o kad galėtume sakyti net ir tik tai, mums reikia rezultatų ar situacijų

moralinės vertės arba dėl jų patiriamo moralinio vertės nuostolio sąvokos. Ši sąvoka mano samprotavime turės tą pačią funkciją kaip ir moralinės žalos individualiam asmeniui idėja, išskyrus tai, jog ji traktuoja žalą kaip bendrą, o ne kaip galimą priskirti. Tarkime, jog mes išsiaiškiname, kad koks nors asmuo, prieš keletą dešimtmečių nubaustas mirties bausme už nužudymą, iš tikrųjų buvo nekaltas. Mes norėsime pasakyti, jog pasaulis nusirito žemiau, nei mes manėme, tačiau galėtume pridurti, – jeigu atmetame moralinės žalos idėją, – jog niekas nepatyrė jokios žalos, apie kurią mes būtume nieko nežinoję, arba kad niekam nebuvo kokiu nors atžvilgiu blogiau, nei mes manėme. Likusioje šios esė dalyje naudosiu moralinės žalos, padaromos žmonėms, idėją, tačiau niekas šiuose argumentuose šiaip labai nepasikeistų, jeigu vietoj jos naudočiau moralinės situacijų kainos, negalimos priskirti žmonėms, idėją.

Dabar galime suprasti, kodėl mūsų įsivaizduojamos finansiškai efektyvios bendruomenės, kuri pripažįsta absoliučią teisę nebūti nuteistam nesant kaltės, tačiau įrodymo ir procedūros klausimus palenkia paprastai utilitarinei sąnaudų ir naudos analizei, elgesys atrodo labai keistas. Mat mūsų bendruomenėje beprasmiška įtvirtinti teisę nebūti nuteistam, kai žinoma, jog kaltės nesama, kaip absoliučią teisę, jeigu ta visuomenė nepripažįsta moralinės žalos kaip atskiros žalos rūšies, nuo kurios žmonės turi būti specialiai saugomi. Tačiau utilitarinis išskaičiavimas, kurį finansiškai efektyvi visuomenė naudoja nusistatydama baudžiamąsias procedūras, yra išskaičiavimas, kuris negali palikti vietos moralinei žalai. Neteisingumo faktorius, implikuojamas klaidingo baudimo, išslys iš bet kokio – kad ir kokio rafinuoto – utilitarinio išskaičiavimo tinklo, kuris žalą matuoja pagal kokią nors psichologinę būklę pagal malonumo–skausmo ašį, arba pagal norų ir preferencijų žlugimą, arba kaip kokią nors funkciją tam tikrų žmonių preferencijų skirstyme pagal skaičių ir eiliškumą, net jeigu tas išskaičiavimas apima žmonių preferenciją, reikalaujančią, kad nei jie patys, nei kiti nebūtų baudžiami neteisingai. Mat moralinė žala yra objektyvi sąvoka, ir jeigu kas nors yra moraliai sužalojamas (arba, alternatyvia kalba tariant, jeigu situacija susijusi su

moraliniu nuostoliu), kai nubaudžiamas, nors yra nekaltas, tai ši moralinė žala padaroma net kai to niekas nežino ar neįtaria ir net kai – galbūt ypač kai – labai nedaugeliui žmonių tai labai rūpi.

Taigi finansiškai efektyvios visuomenės praktika yra prasminga, tik jeigu mes pripažįstame, jog padaroma didelė savarankiška moralinė žala, kai asmuo yra neteisėtai apkaltinamas, tačiau nepadaroma visiškai jokios žalos, kai jis klaidingai nuteisiamas. Tai labai neįtikima, ir šitai paaiškina, manau, kodėl ši procedūrų kombinacija mums atrodo keista. Turime paklausti, kaip finansiškai efektyvios visuomenės procedūros turėtų būti pakeistos, kad būtų palikta erdvės moralinei žalai pripažinti. Gal būtina – arba įmanoma – ginti teisę į pačias preciziškiausias procedūras, kokios įmanomos? Tačiau pirma turime apsvarstyti du galimus prieštaravimus mano ką tik pateiktam argumentui – jog finansiškai efektyvios visuomenės procedūros, tokios, kokios jos yra, išties pasižymi tam tikru moraliniu nenuoseklumu.

Aš sakiau, kad, gindama absoliučią teisę nebūti nuteistam be kaltės, ji rodo, jog pripažįsta moralinę žalą kaip nepriklausomą ir svarbią žalos rūšį, o pripažindama įprastinį utilitarinį išskaičiavimą procedūriniuose klausimuose, ji nepripažįsta tos nepriklausomybės ir svarbos. Kas nors galėtų kvestionuoti kiekvieną iš šių teiginių. Jis galėtų sakyti, pirma, jog visuomenė, kuri atmestų moralinės žalos idėją, kaip viršesnės ir svarbesnės už gryną žalą idėją, ir tik siektų maksimizuoti naudą pagal kokią nors įprastą koncepciją (sakykime, maksimizuoti malonumo balansą skausmo atžvilgiu), gerai padarytų, įtvirtindama absoliučią teisę nebūti nuteistam dėl nusikaltimo, jei žinoma, kad nesama kaltės. Jis tvirtintų, jog visuomenė, kuri leidžia pareigūnams kad ir tik žaisti su tyčinio nekalto asmens nuteisimo idėja, generuos daugiau grynosios žalos negu visuomenė, kuri to neleidžia. Tai – dabar įprastas dviejų lygmenų utilitarinis įprastų moralinių sentimentų gynimas. Šis gynimas, čia kaip ir kitur, man atrodo esąs atvirkščio nuoseklumo. Tie, kurie tokiu būdu argumentuoja, neturi jokių tiesioginių įrodymų savo instrumentiniams teiginiams pagrįsti. (Iš kur jie gali žinoti – ar netgi kaip jie gali turėti rimtą pagrindą manyti, jog mąslių utilitarinių pareigūnų visuomenė, kurie

svarstytų nekalto nuteisimą tik labai ypatingomis progomis, labiau pakenktų naudai ilgalaikės perspektyvos požiūriu negu visuomenė, kuri savo pareigūnams jokiomis aplinkybėmis nenumato jokių galimybių žengti tokį žingsnį?) Veikiau jie argumentuoja atvirkščiai – atsispirdami nuo fakto, jog mūsų moralinės intuicijos smerkia nekalto apkaltą, ir eidami prie išvados, jog toks galimybių neturėjimas turi atitikti bet kokios visuomenės utilitarinius interesus ilgalaikės perspektyvos požiūriu.

Tačiau man nėra reikalo remtis mano bendrais įtarimais šio pobūdžio argumentų atžvilgiu. Mat įprastų moralinių įsitikinimų dviejų lygių pateisinimas, kad ir koks įtikinamas arba neįtikinamas jis būtų kituose kontekstuose, čia nėra svarstymo objektas. Finansiškai efektyvios visuomenės nariai mano pavyzdyje taria (kaip ir, manau, dauguma iš mūsų), kad būtų neteisinga tyčia nuteisti nekaltą, net jeigu tikėtasi gauti utilitarinės naudos ilgalaikės perspektyvos požiūriu. Kitaip tariant, jie taria, jog teisė nebūti nuteistam be kaltės yra autentiška teisė, kuri koziriuoja net naudą ilgalaikės perspektyvos požiūriu, o ne instrumentinė ar tarsi-teisė, kuri tai naudai tarnauja. Būtent ši prielaida, mano supratimu, presuponuoja moralinės žalos idėją.

Antra, kas nors galėtų pasakyti, jog utilitarinis kriterijus, kurį finansiškai efektyvi visuomenė naudoja fiksuoti procedūroms, iš tikrųjų neatmeta tos idėjos, arba suponuoti, kad nesama moralinės žalos, kai kas nors yra neteisingai nuteisiamas, nes net įprastas utilitarinis kriterijus iš tikrųjų bus jautrus moralinei žalai. Juk tarkime, jog mes išsiaiškiname, jog kas nors, prieš daug laiko apkaltintas žmogžudyste ir nubaustas, buvo nekaltas. Mes tuomet atskleidžiame, jog jam padaryta grynoji žala pati savaime buvo nebūtina, nes bendrosios utilitarinės politinės baudžiamosios teisės nuostatos būtų ir šiaip klestėjusios – gal net labiau – jo nebaudžiant. Mes atskleidžiame, kitaip sakant, jog grynoji žala, atspindima utilitarinėje sumoje, buvo nepateisinama pagal paprastą utilitarinį kriterijų, o šitai teikia mums pagrindą apgailestauti dėl procedūrų, kurios produkavo ar įgalino tą žalą. Žinoma, mes vis tiek galime padaryti išvadą, kad šios procedūros vis vien davė daugiau grynos naudos negu būtų davusios pre-

ciziškesnės procedūros, nes nereikalinga grynoji žala buvo mažesnė, susumavus, negu butų buvusios preciziškesnių procedūrų papildomos išlaidos. Tačiau mūsų kriterijus vis vien yra jautrus moralinei žalai, mat jis identifikavo grynąją žalą, susijusią su moraline žala, kaip nereikalingą, taigi, imant izoliuotai, kaip argumentą prieš procedūras, kurios ją įgalino.

Tačiau šis argumentas subliūkšta, nes netiesa, – bet kokia relevantiška prasme, – jog grynoji žala, susijusi su moraline žala, buvo nereikalinga. Šio konkretaus asmens, nors ir nekalto, nubaudimas dėl gausybės kuo įvairiausių priežasčių galėjo ypač efektyviai prisidėti prie atgrasymo arba kitų su baudžiamąja sistema, gera naudos požiūriu, susijusių pasekmių. Išties, jeigu kartais bendruomenės interesus ilgalaikės perspektyvos požiūriu galėtų atitikti tyčinis kokio nors asmens, kurį pareigūnai manė esant nekaltą, nuteisimas (ir ši galimybė yra proga pripažinti teisę, saugančią nuo to), tai lygiai taip pat tuos ilgalaikius bendruomenės interesus galėtų kartais atitikti ir nekalto netyčinis įkalinimas. Todėl negalima daryti išvados, jog kai mes atskleidžiame praeities neteisingumą, sykiu atskleidžiame progą, kai naudos interesas būtų laimėjęs, netgi svarstant tik tiesiogines to neteisingumo pasekmes, jeigu jos butų buvę išvengta. Taigi net didelio skaičiaus tokių atsitikimų atskleidimas mūsų automatiškai neįgalintų nustatyti utilitarinę kainą, kurią galima priešpriešinti išlaidoms, reikalingoms įdiegti brangesnėms procedūroms.

Dar akivaizdžiau atrodo tai, jog kai grynoji žala, kuri sykiu yra moralinė žala, yra klaida utilitariniu požiūriu, – kai nauda būtų buvusi didesnė, jeigu tos grynos žalos būtų buvę išvengta, – grynos žalos dydis gali būti visai kitoks nei moralinės žalos dydis. Kai bendruomenė nubaudžia seną, ligotą ir bejėgį žmogų, kurį ji klaidingai apkaltina tėvynės išdavimu, grynoji žala, suvokiama šaltais utilitariniais terminais, galėtų būti labai nedidelė, tačiau moralinė žala – labai didelė. Šis skirtumas bus svarbus, iškėlus klausimą, ar tos žalos galimybė pateisina brangių procedūrų priėmimą – procedūrų, kurios sumažins jos šansus. Jeigu nelaimingas atsitikimas didžiajame skaičiavime matuojamas tik grynosios žalos matu, tai jis vargu ar iš

viso gali paremti argumentą, ginantį brangesnes procedūras. Tačiau jeigu jis matuojamas moralinės žalos matu, tai jis gali būti net labai svarus argumentas.

Taigi šie priekaištai iš tikrųjų patvirtina mano mintį, jog visuomenė, kuri klausimus dėl baudžiamosios procedūros palenkia paprastam utilitariniam išskaičiavimui, nepripažįsta moralinės žalos nepriklausomybės ar svarbos arba, jeigu pripažįsta, nepripažįsta, jog net atsitiktinė nekalto asmens apkalta yra moralinės žalos atvejis. Tad mano įsivaizduojama finansiškai efektyvi visuomenė išties veikia nenuosekliai. Tačiau tai tik įžangos pabaiga. Mat dabar turime imtis antrojo klausimo iš mūsų sąrašo. Jeigu finansiškai efektyvi visuomenė yra defektyvi, ar turime kuo pakeisti praktiką, kuri reikalauja visas kitas socialines reikmes ir lengvatas aukoti tam, kad būtų produkuotas labiausiai išplėtotas ir pats preciziškiausias baudžiamasis procesas, kokį tik kada yra regėjęs pasaulis?

Šį baisų reikalavimą galėtume įgyvendinti, reikalaudami moralinės žalos vengimą iškelti kaip leksiškai pirmesnį už visas kitas reikmes. Iš šios leksinės pirmenybės (*lexical ordering*) nebūtų galima daryti išvados, jog jokiomis aplinkybėmis neturėsime pasiteisinimo, rinkdamiesi ne patį preciziškiausią baudžiamąjį procesą, mat, be nekalto nekaltojo nuteisimo, gali pasitaikyti ir kitokių moralinės žalos formų. Galbūt, pavyzdžiui, moralinė žala – neužčiuopiama jokiu įprastiniu utilitariniu išskaičiavimu – padaroma tuomet, kai visuomenė nesirūpina jaunimo lavinimu, – tuomet lėšų viešajam lavinimui numatymas konkuruotų su lėšomis, skiriamomis baudžiamojo proceso preciziškumui didinti, net esant leksinės pirmenybės suvaržymui. Tačiau visuomenė, reguliuojama to suvaržymo, būtų įpareigota užtikrinti kiek įmanoma aukštesnį visiško moralinės žalos išvengimo sistemos (kaip galėtume ją pavadinti) preciziškumo lygį, ir mes niekuomet negalėtume skirti viešųjų lėšų tokiems patogumams kaip greitkelių sistemos tobulinimas, pavyzdžiui, jeigu jokios kitos išlaidos baudžiamajam procesui negalėtų padidinti jo preciziškumo. Mūsiškė visuomenė akivaizdžiai nesilaiko tokio suvaržymo, ir dauguma žmonių manytų jį esant pernelyg griežtą.

Vis dėlto mes negalėtume išvengti šio griežto reikalavimo, jeigu būtume priversti pripažinti, jog per klaidą atsitiktinai apkaltinti nekaltą yra lygiai taip pat blogai, kaip jį tyčia klaidingai nuteisti. Ar mes pritartume asmens nuteisimui dėl ginkluoto plėšimo, jeigu – dėl kokios nors priežasties – šitaip būtų išvengta šimto potencialių ginkluotų plėšimų? Jeigu bendrasis nacionalinis produktas dėl to patrigubėtų? Jeigu tam tikras tos rūšies naudos kiekis nepateisintų ir vieno vienintelio tyčinio teisės nebūti nuteistam be kaltės pažeidimo, tai tas naudos kiekis negalėtų pateisinti procedūrų patvirtinimo, kurios padidintų klaidingos apkaltos galimybę kad ir vienu klaidingai apkaltintu asmeniu tam tikru laikotarpiu.

Ankstesniame skirsnyje aš neigiau šio griežto silogizmo premisą. Sakiau, jog morališkai blogiau yra sąmoningai nuteisti atsitiktinį nekaltą žmogų, nes sąmoningas aktas implikuoja melą, taigi ypatingą asmens orumo įžeidimą. Dabar svarbu išsiaiškinti, ar taip sakyti teisinga – ar toks atskyrimo pagrindas galimas. Mat jeigu tai nėra tinkamas pagrindas, tai turime pripažinti bet kokios klaidingo nuteisimo rizikos vengimo leksinę pirmenybę bet kokio patogumo, kurį mums galėtų teikti ne tokios brangios procedūros, atžvilgiu, kad ir kaip skausminga tai atrodytų.

Teikiu štai kokius du teisingo žaidimo valdymo srityje principus. Pirma, bet koks politinis sprendimas privalo visus piliečius traktuoti kaip lygius, t. y. kaip turinčius vienodą teisę į rūpestį ir pagarbą. Šis principas nenumato, jog valdžia niekuomet negali sąmoningai kai kuriems uždėti didesnės grynosios žalos naštos nei kitiems, kaip ji daro tuo atveju, jei, pavyzdžiui, apmokestina specialiais importo mokesčiais benziną ar gazoliną. Šis principas *numato,* jog joks sprendimas negali tyčia pasmerkti kokį nors pilietį daug didesnei moralinės žalos rizikai nei bet kurį kitą. Šis lygybės principas moralinę žalą traktuoja kaip ypatingą. Antra, jeigu priimamas ir paskelbiamas politinis sprendimas, gerbiantis lygybę, kurios reikalauja pirmasis principas, tai paskesnis to principo įgyvendinimas nėra naujai daromas politinis sprendimas, kuris turi būti toks pat ir savo efektu. Antrasis principas apeliuoja į paklusimo viešiesiems įsipareigojimams, kurie

yra teisingi, kai priimami, teisingumą – pavyzdžiui, paklusimo monetos metimo rezultatui teisingumą, kai abi protauti gebančios šalys sutarė mesti monetą.

Kiekvienas iš šių dviejų principų vaidina savo vaidmenį fiksuojant baudžiamosios procedūros normas. Tam tikromis aplinkybėmis (kurias svarstysiu vėliau) sprendimas priimti tam tikrą įrodymo normą, taikytiną baudžiamuosiuose procesuose, traktuoja piliečius kaip lygius, nes apriorinės tikimybės požiūriu kiekvienas pilietis turi vienodus šansus būti įtrauktas į baudžiamąjį procesą, nors yra nekaltas, ir vienodus šansus gauti naudos iš lėšų, sutaupytų pasirinkus tą įrodymo normą, o ne socialiai brangesnę normą. Taigi tas sprendimas gerbia pirmąjį teisingo žaidimo principą. Kai bet kuris konkretus pilietis yra apkaltinamas nusikaltimu, sprendimas įgyvendinti tą įrodymo normą to piliečio teismo procese, o ne atidėti ją į šalį arba atšaukti, yra sprendimas, kuris tikrai gali veikti tam tikrai to piliečio nenaudai, nes gali jį pasmerkti didesnei moralinės žalos rizikai negu alternatyvi norma, – didesnei rizikai, negresiančiai tiems, kurie nėra apkaltinti nusikaltimu. Tačiau antrasis principas reikalauja, kad normos pritaikymas piliečiui nebūtų naujai daromas politinis sprendimas, o veikiau ankstesnio sprendimo, kuris tam piliečiui buvo teisingas, išrutuliojimas. Taigi antrasis principas tvirtina, jog teisimas pagal įtvirtintą normą nėra nevienodo piliečio traktavimo atvejis.

Šie du teisingo žaidimo principai, imami drauge, paaiškina, kodėl sąmoningas asmens, kurį žinoma esant nekaltą, nuteisimas yra didesnis blogis negu klaidingas nuteisimas pagal bendras, kad ir rizikingas procedūras, nustatytas iš anksto. Neteisingas asmens apkaltinimas yra naujai daromo politinio sprendimo, netraktuojančio jo kaip lygaus, t. y. netraktuojančio taip, kaip reikalauja pirmasis principas, atvejis. Tai nėra (ir negali būti) tik atvirų viešųjų įsipareigojimų, nustatytų iš anksto, pritaikymas jo atvejui. (Neteisingas nuteisimas būtų beprasmiškas dalykas, jeigu egzistuotų viešasis įsipareigojimas neteisingai apkaltinti žmones, atitinkančius tam tikrą viešąjį testą.) Priešingai – tai sprendimas konkrečiam asmeniui padaryti ypatingą

moralinę žalą, ir šitai sakytina net tuo atveju, kai iš grupės kandidatų būti neteisingai nuteistiems jis atrenkamas burtų keliu. Taigi tyčinis principo, saugančio nekaltą nuo apkaltos, pažeidimas implikuoja didesnę moralinę žalą nei atsitiktinis klaidingas nuteisimas, nes pirmasis ypatingu būdu, smerkiamu teisingo žaidimo principų, pažeidžia vienodą aukos statusą, ne tik lemia dar ir tą moralinę žalą, kurią lemia ir pastarasis nuteisimas.

Tačiau mes nustatėme tik tai, jog rizika lemti atsitiktinę neteisybę – tokia, kurią kelia baudžiamosios procedūros normos, – nėra toks didelis blogis kaip tyčinės moralinės žalos padarymas. Mes nedaug pasistūmėjome spręsdami, koks blogas yra pastarasis ir kaip – jei iš viso – mes turime apskaičiuoti atsitiktinės moralinės žalos riziką bendros socialinės naudos atžvilgiu, kuri realizuojama pripažįstant tokią riziką. Galėtume apsvarstyti galimybę pagalbos ieškoti kitur. Turiu galvoje galimybę atsispirti nuo fakto, jog, kaip individai, mes visi darydami įvairius sprendimus dėl savo gyvenimo krypties moralinę žalą skiriame nuo grynos žalos, taip pat pripažįstame tam tikrą moralinės žalos riziką tikėdamiesi mainais gauti įvairios naudos.

Nedaugelis iš mūsų lygiai tokiu pačiu blogiu laikys ir būti nubaustiems už nusikaltimą, kurį mes padarėme, ir būti nubaustiems už nusikaltimą, kurio nepadarėme, nors bendruomenė manė, kad jį padarėme. Daugumai iš mūsų neteisybė kelia ypatingą baimės jausmą. Labiau nemėgstame nukentėti nuo klastos, nei būti teisingai sužlugdyti arba demaskuoti. Taip yra ne dėl to, kad tuo atveju patiriama didesnė grynoji žala. Priešingai – jeigu grynoji žala yra didesnė, taip yra todėl, kad manome, jog tapti klastos auka yra blogiau, ir dėl to jaučiame pyktį ir pagiežą, kurie padidina grynąją žalą. Kai kurie iš mūsų taip pat jaučia panieką sau, kuri yra paradoksali pasekmė jų patiriamo niekinamo kitų elgesio su mumis.

Mūsų nuostata, jog neteisybė yra didesnis blogis nei pelnyta bausmė, nėra neišvengiama. Juk pastaruoju atveju kaltė padidina grynąją žalą, o pirmuoju atveju naujai pajusta savigarba, bent jau stipriems žmonėms, gali ją sumažinti. Tačiau įprasta kaltės fenomenologija pati apima idėją, jog moralinė žala yra ypatinga žala kitiems, nesutampanti

su grynąja žala, kurią asmuo jiems lemia, ir ją pranokstanti. Juk dėl kokios kitos priežasties turėtume jaustis kalti dėl to, jog sąmoningai lėmėme žalą, kai tuo tarpu jaučiamės mažiau kalti ar netgi nejaučiame jokios kaltės dėl tokios pačios žalos lėmimo atsitiktinai? Ir, ko gero, tas ypatingas kaltės sukeliamas skausmas yra pripažinimas Platono teiginio, jog kai žmogus yra neteisingas, jis pats sau daro moralinę žalą.

Tad teisinga sakyti, jog mes, remdamiesi savo moraline patirtimi skiriame moralinę ir grynąją žalą ir (bent jau) dažnai skriaudą, apimančią moralinę žalą, laikome didesniu blogiu už tą, kuri jos neapima. Tačiau savo gyvenimo mes nesitvarkome taip, kad bet kokia kaina pasiektume minimalią moralinę žalą; priešingai – mes pripažįstame rimtą riziką patirti neteisybę tam, kad pasiektume net ir gana nežymų savo gyvenimo pagerėjimą bendrame procese. Tai darome pripažindami pažadus, sudarydami sutartis, pasitikėdami draugais ir balsuodami už procedūrinius baudžiamosios teisės dalykus, kurie žada ne patį aukščiausią preciziškumo lygį. Išties tam tikromis aplinkybėmis civilines ir baudžiamąsias procedūras galėtume suvokti kaip audinį, nuaustą iš bendruomenės įsitikinimų dėl skirtingų žalos formų reliatyvaus svorio, nustatomo lyginant jas tarpusavyje ir įprastinių aukų, ir skriaudų atžvilgiu.

Aš nenoriu pasakyti, jog *korektiškas* moralinės žalos pasvėrimas grynosios žalos atžvilgiu, net ir teisingo rizikos paskirstymo tikslu, yra konstituojamas socialinio sprendimo. Tai reikštų neteisingai suprasti moralinės žalos idėją ir jos priešpriešą su grynąja žala. Grynąją žalą turbūt geriausia suprasti subjektyviai: asmuo patiria grynąją žalą tuo mastu, kuriuo netektis jam sukelia skausmą arba sužlugdo planus, kuriuos jis laiko svarbiais savo gyvenimui. Tačiau moralinė žala, kaip sakiau, yra objektyvus dalykas; ir tai, ar kas nors patiria moralinę žalą tam tikromis aplinkybėmis, bei tos žalos reliatyvus svoris ir svarba, palyginti su tuo, ką kiti tą žalą produkuojančių praktikų ar įvykių dėka išlaiko, yra moraliniai, o ne psichologiniai faktai. Mūsų visų moralinė patirtis rodo tik tai, jog mes pripažįstame moralinę žalą, bet neteikiame jai tokio svarumo, kuris ją darytų leksiškai svar-

besnę už grynąją žalą ar įvairių rūšių netektį. Ji nerodo, jog mes esame teisūs tuo arba kitu atžvilgiu.

Vis dėlto mūsų bendra patirtis sugestijuoja naudingą atsakymą į praktinį klausimą, kaip visuomenė turi nuspręsti, kiek svarbi yra moralinė žala. Tam tikromis aplinkybėmis tas klausimas turėtų būti paliktas spręsti demokratinėms institucijoms – ne dėl to, kad legislatūra ar parlamentas būtinai bus teisūs, bet dėl to, kad šiomis aplinkybėmis tai – teisingas kelias spręsti moralinius klausimus, dėl kurių nuosaikūs ir jautrūs žmonės nesutaria. Tai teisingas kelias spręsti, kada sprendimas tenkina mano aprašytąjį pirmąjį teisingo žaidimo principą, jeigu tas sprendimas kiekvieną traktuoja kaip lygų, nes, nepriklausomai nuo to, kokia įvairių moralinės žalos rūšių svarbos koncepcija yra pasirinkta, tas sprendimas vienodai atitinka arba vienodai prieštarauja visuminiam bet kurio asmens interesui – turiu galvoje jo ar jos moralinių ir grynųjų interesų kombinaciją.

Įsivaizduokime žmonių visuomenę, iš kurių kiekvienas yra aprioriškai vienodai tikėtinas kandidatas būti apkaltintas nusikaltimu ir kiekvienas iš kurių patirtų tokią pačią grynąją žalą dėl tokios pat bausmės, jeigu būtų nuteistas. Ši visuomenė daugumos sprendimu išleidžia baudžiamąjį kodeksą, apibrėžiantį nusikaltimus, skiriantį bausmes už įvairias taip apibrėžtų nusikaltimų rūšis ir kaltės lygį ir nustatantį teismo proceso procedūras. Tas sprendimas kiekvieno visuminį interesą arba stato į pavojų, arba sukuria sąlygas jam įgyvendinti – ir vienodu laipsniu. Žmonės nesutars dėl to sprendimo išmintingumo. Pralaimėjusios mažumos nariai manys, jog preciziškumo lygis, užtikrinamas procedūrų, taikomų kokio nors nusikaltimo teisminiam nagrinėjimui, yra per žemas, taigi nepakankamai įvertina moralinę neteisingo nuteisimo už tą nusikaltimą žalą, arba kad tas lygis yra per aukštas, taigi priskiria tai žalai perdėtą vertę, turint omenyje naudą, kurios atsisakoma, visuomenės lėšas panaudojant šiuo būdu. Tačiau kadangi moralinė žala yra objektyvus dalykas ir nepriklauso nuo konkrečių žmonių moralinės žalos suvokimo, niekas nemanys, kad daugumos sprendimas yra neteisingas ta prasme, kad jis labiau atitinka vienų, o ne kitų interesus. Todėl daugumos

valdžia atrodo itin priimtina technika tokiam socialiniam sprendimui padaryti.

Niekuomet, jokiu momentu, nėra teisinga sakyti, jog visi visuomenės nariai yra vienodai tikėtini kandidatai būti apkaltinti bet kokiu konkrečiu nusikaltimu. Jeigu esama ekonominės nelygybės, turtingieji yra tikėtinesni kandidatai būti apkaltinti susimokymu monopolizuoti, o vargingieji – dėl miegojimo po tiltais. Jeigu žmonės skiriasi temperamentu, karštakošiai yra tikėtinesni kandidatai būti apkaltinti kai kuriais nusikaltimais, o godūs – kitais. Ir taip toliau. Taigi teisingos visuomenės konstitucija tikrai galėtų reikalauti, kad bausmės, numatytos už įvairius nusikaltimus, būtų nuoseklios pagal kokią nors pakankamai objektyvią teoriją, aiškinančią nusikaltimų svarbą, ir kad tariama moralinė žala, padaroma neteisingo nuteisimo, būtų koreliuojama su bausmių rimtumu pagal kokią nors vieningą skalę.

Net tokiu atveju aplinkybes, kuriomis, mūsų įsivaizdavimu, būtų įmanomas teisingas daugumos sprendimas, gadintų tikimybė, jog būtent kokia nors mažuma bus apkaltinta nusikaltimais apskritai arba nusikaltimais, užtraukiančiais reliatyviai rimtas bausmes. Tačiau šis faktas nepateisins atsisakyti daugumos sprendimo procedūros, jeigu padidėjusi rizika konkretiems individams nėra didelė. Be to, jokioje realioje visuomenėje skirtingi žmonės niekuomet nepatirs visiškai vienodos grynosios žalos dėl bet kurios skirtos bausmės. Tačiau šis faktas teikia dar mažiau pagrindo prieštarauti tam, kad sprendimą darytų dauguma, nes kur kas mažiau tikėtina, jog šio pobūdžio skirtumai koreliuos su ekonomine ar socialine klase, taigi daug mažiau tikėtina, kad jie taps sisteminio neteisingumo priežastimi. Čia turime pažymėti trečią komplikaciją. Realiame pasaulyje skirtingi žmonės patirs skirtingą naudą iš bet kokio alternatyvaus viešųjų lėšų panaudojimo – lėšų, sutaupytų vietoj brangesnių pasirenkant ne tokias brangias baudžiamąsias procedūras. Taip bus net tuo atveju, kai taupymas yra pačios abstrakčiausios formos, būtent kai sutaupytosios lėšos papildo socialinius fondus, prieinamus bendriems tikslams. Tačiau visuomenė gali taupyti, baudžiamojo proceso preciziškumą aukodama daug konkretesniais būdais, kaip ji, pavyzdžiui, daro, kai

pripažįsta privilegiją policijai (arba tokioms anksčiau minėtoms organizacijoms kaip Nacionalinė žiauraus elgesio su vaikais prevencijos draugija arba Granados televizija) neteikti informacijos apie informatorius arba – labiau konvencinėje srityje – jeigu pripažįsta tokią privilegiją daktarui ir jo pacientui, kad medicininė priežiūra būtų veiksmingesnė. Teismo proceso preciziškumo aukojimo pateisinimas šiais pastaraisiais atvejais yra nė kiek ne menkesniu mastu politine nuostata grindžiamas pateisinimas, kaip ir tuomet, kai naudą reprezentuoja sutaupyti bendri pinigai, kurie gali būti panaudoti greitkeliams arba ligoninėms, arba nacionaliniam teatrui. Tačiau sprendimas dėl to, kas gauna naudos, – pavyzdžiui, vaikai arba ta visuomenės dalis, kuri domisi politika, – yra sprendimo sumažinti preciziškumą dalis, o ne – kaip bendru atveju – sprendimas, paliekantis naudos paskirstymą tolesnei politinei akcijai. Tačiau ir vėl: kompromisas su mūsų įsivaizduojamomis sąlygomis yra nedidelis, jeigu – kaip yra šiuose pavyzdžiuose – klasė, kuri negauna naudos, nėra klasė, pagal bendrus socialinius ir ekonominius pagrindus besiskirianti nuo daugumos, darančios sprendimą.

Taigi net realiame pasaulyje mažoritariniai sprendimai, kurie fiksuoja tam tikrą baudžiamiesiems sprendimams privalomą preciziškumo lygį iki konkrečių teismo procesų, nustatydami įrodymo normas ir kitus procedūrinius sprendimus, gali būti kaltinami rimtu neteisingumu tik tuo atveju, jeigu šie sprendimai diskriminuoja kokią nors atskirą tapatybę turinčią grupę vienu ar kitu iš būdų, kuriuos mes ką tik nagrinėjome. Kad šiuos sprendimus būtų galima laikyti neteisingais, neužtenka, kad jie priskirtų vienokią, o ne kitokią vertę įvairių rūšių moralinei žalai – kol šis įvertinimas yra nuoseklus ir nešališkas.

Apriorinіai šios rūšies sprendimai gali demonstruoti specialų dėmesį moralinei žalai ne tik mokėdami didelę kainą už preciziškumą, bet taip pat – ir ypač – mokėdami nemažą kainą preciziškumo sąskaita, kad užkirstų kelią klaidai, kuri lemtų didesnę moralinę žalą nei alternatyvi klaida. Tokį rūpestį rodo, pavyzdžiui, norma, anot kurios kaltė turi būti įrodyta taip, kad nekeltų pagrįstos abejonės, o ne tikimybių svėrimu, taip pat jį rodo tokios normos kaip norma,

anot kurios kaltinamasis negali būti verčiamas liudyti, kurios sudėtingas pateisinimas numato persvarą kaltinamojo interesų naudai aukojant preciziškumą, taip pat kaltinamojo saugą nuo tam tikrų rūšių riktų ir klaidingo įspūdžio, galinčių pakenkti preciziškumui. Tokie pavyzdžiai retesni civilinėje teisėje, mat paprastai tariama, jog vienokia arba priešinga klaida susijusi su vienoda moraline žala. Tačiau kai tiesos įrodymo našta gula ant atsakovo pečių, pavyzdžiui, garbės ir orumo įžeidimo byloje, po to, kai ieškovas pateikia savo tiesos įrodymus, šitai gali reprezentuoti kokį nors kolektyvinį sprendimą, jog didesnė moralinė žala yra patirti nekompensuojamą ir neteisingą šmeižtą nei būti priverstam mokėti kompensaciją už reputaciją griaunačios medžiagos, kuri iš tikrųjų yra teisinga, paskelbimą.

Moralinės žalos idėja, drauge su tuo faktu, jog bendruomenės teisė dokumentuoja jos požiūrį į reliatyvią moralinės žalos svarbą, leidžia paaiškinti dvi skirtingas rūšis teisių, kurias, kaip gali būti sakoma, žmonės turi baudžiamosios procedūros atžvilgiu. Pirma, žmonės turi teisę į tai, kad baudžiamosios procedūros teisingai priskirtų svarbą moralinės žalos rizikai. Tam tikromis aplinkybėmis būtų aišku, jog ši pirmoji teisė yra pažeista – kaip būtų, jeigu, pavyzdžiui, kokia nors bendruomenė baudžiamąsias bylas spręstų monetos metimo būdu arba neleistų kaltinamajam dalyvauti tame teismo procese arba turėti advokatą, arba pateikti įrodomąją medžiagą, jeigu jis pageidautų, arba jeigu ta bendruomenė, pasirinkdama baudžiamąsias procedūras, naudotų tik paprastus utilitarinius skaičiavimus, kaip darė finansiškai efektyvi visuomenė. Kitais, polemiškesniais atvejais debatų objektas būtų tai, ar moralinės žalos rizikai buvo korektiškai priskirtas svoris, ir nuosaikūs bei jautrūs žmonės nesutartų. Antroji teisė, būtent teisė į nuoseklų moralinės žalos svarbos įvertinimą, šiomis aplinkybėmis turi didelę praktinę svarbą. Mat jis įgalina asmenį tvirtinti – net tais atvejais, kai korektiškas atsakymas į moralinės žalos problemą yra didžiai kontroversiškas, – jog jis turi teisę į procedūras, derančias su pačios bendruomenės moralinės žalos vertinimu, įtvirtintu teisėje kaip visumoje.

Abi šios teisės yra teisės ta griežtąja prasme, kurią identifikavome anksčiau, mat kiekviena iš jų veikia kaip koziris grynos naudos ir nuostolio balanso, sudarančio paprastą utilitarinį išskaičiavimą atžvilgiu. Kai teisės turinys jau nustatytas, bendruomenė turi užtikrinti kaltinamiems nusikaltimu bent minimalų apsaugos lygį, saugantį nuo neteisingumo rizikos, lygį, kurio reikalauja tas turinys, nors bendroji gerovė, dabar suvokiama be jokios nuorodos į moralinę žalą, o vien kaip konstituojama grynos naudos ir nuostolio, dėl to nukenčia. Tačiau bet kuriuo atveju ta teisė yra teisė į apsaugos minimumą, o ne teisė į tokią apsaugą, kokią bendruomenė galėtų suteikti, jeigu būtų nusiteikusi visiškai paaukoti bendrąją gerovę. Antroji teisė, pavyzdžiui, verčia bendruomenę nuosekliai įgyvendinti jos moralinės žalos teoriją, tačiau nereikalauja, kad ji pakeistų tą teoriją kitokia, kuri didesnę vertę teikia neteisingos bausmės išvengimui. Taigi šių teisių identifikavimas ir paaiškinimas yra pravartus atsakymas į trečiąjį klausimą, nurodytą anksčiau. Šių teisių turinys teikia vidurio poziciją tarp visų procedūrinių teisių neigimo ir didžiosios teisės į aukščiausią preciziškumą pripažinimo.

Perskyra tarp šių dviejų teisių nėra griežta ir greitai padaroma. Mat praktika, kurios reikalauja antroji teisė, – rasti tokį moralinės žalos paaiškinimą, kuris yra įtvirtintas substantyvioje ir procedūrinėje baudžiamojoje teisėje kaip visumoje, – nesiduoda apibrėžiama tiesiog kaip tekstinio ir istorinio paveldo identifikavimas, nors tai yra viena iš užduočių. Ji apima ir tos medžiagos interpretaciją, tai reiškia – parinkti su juo derantį pateisinimą, o šis procesas, kaip mėginau paaiškinti kitur, remiasi – tačiau nesutampa su – nuoroda į principus, kurie laikomi nepriklausomai morališkai teisingais.[68]

Šią sąsają tarp nuoseklumo teiginių ir nepriklausomo teisingumo teiginių demonstruoja įvairūs Aukščiausiojo teismo mėginimai interpretuoti Keturioliktosios pataisos deramo proceso klauzulę, kuri yra konstituciniai šių teisių namai, bent jau baudžiamojo proceso kontekste. Tą klauzulę buvo sakoma saugant, pavyzdžiui, „tuos fundamentalius laisvės ir teisingumo principus, kurie glūdi visų mūsų civilinių ir politinių institucijų pamatuose“ (*Hurtado v. California*

110 US 516 (1884)), „aukščiausią orumą civilizuotoje visuomenėje“ (*Adamson v. California* 332 US 45 (1947)), principus, kurie yra „pamatiniai mūsų jurisprudencijos sistemoje“ (*Re Oliver* 333 US 257 (1948)), ir, anot paties garsiausio šios klauzulės nusakymo, „teisingumo princip[us], tiek įsišaknijusius tradicijoje ir mūsų žmonių sąžinėje, kad jiems galima pripažinti fundamentalių statusą“, taigi tokių, kuriuos „implicitiškai diktuoja laisvės sąvoka“ (*Palko v. Connecticut* 302 US 319 (1937)). Visas šias ištraukas iš konstitucinių sprendimų konstitucinės teisės specialistai traktuoja kaip, trumpai tariant, skirtingus tos pačios idėjos išsakymus.

Vis dėlto istorija vaidins svarbų vaidmenį fiksuojant antrosios teisės – teisės į procedūros nuoseklumą – turinį, ir kai kuriais atvejais negali būti jokio stipresnio argumento tam tikrai institucinei tvarkai apginti už argumentą, jog šitaip buvo visada. Sunku įsivaizduoti, pavyzdžiui, jog baudžiamoji teisė būtinai būtų buvusi visai kitokia ir kitais atžvilgiais, jeigu jos praktika nuo seno būtų reikalavusi dešimties arba keturiolikos, o ne dvylikos prisiekusiųjų, tačiau pirmojo pasirinkimo atveju būtų buvę išvengta daugelio bylos peržiūrėjimo atvejų, taigi – per amžius sutaupyta nemažai lėšų, o antrasis pasirinkimas atitinkamai būtų buvęs daug brangesnis. Sunku atsispirti pagundai tarti, jog pasirinktasis skaičius iš esmės buvo atsitiktinis. Tačiau prisiekusiųjų skaičius akivaizdžiai yra toks svarbus dalykas saugant kaltinamąjį nuo neteisingumo, kai reikalingas vienbalsis verdiktas jį nuteisti, jog bet koks žymus to skaičiaus pakeitimas bylų, kuriose skiriama mirties bausmė, atveju arba bylų, gresiančių griežtomis bausmėmis, atveju – tarkime, sumažinant tą skaičių iki šešių – būtų laikytinas kaltinamojo teisių pažeidimu tiesiog dėl to, kad tai būtų realus saugumo lygio nusmukdymas, lygio, nuo seno buvusio centrine baudžiamojo proceso sąlyga. Begalė Aukščiausiojo teismo sprendimų, taikančių prieš valstijų sprendimus deramo proceso klauzulę, liudija nepriklausomą svarbą to, ką galima suvokti kaip istorijos atsitiktinybes, kurias teisė į nuoseklumą pavertė konstitucine doktrina, – teisė, dabar suvokiama nepriklausomai nuo pirmosios ar pamatinės teisės į korektišką moralinės žalos vertinimą.

Tad antroji teisė veikia kaip savarankiška tradicinė galia, sauganti kaltinamąjį nuo moralinės žalos vertinimo pokyčių. Tačiau ji taip pat veikia kaip reformos svertas – identifikuodama net ir senas procedūras kaip klaidas – nenuoseklumo salas, kurių neįmanoma integruoti į jokį pateisinimą, priskiriantį tokį neteisingumo faktoriaus klaidingoje apkaltoje svarbos lygį, kuris reikalingas paaiškinti visą likusią teisę. Šią antrąją, reformuojamąją, funkciją dera traktuoti labai apdairiai, mat ji turi gerbti tą faktą, jog baudžiamosios procedūros kaip sistema užtikrina apsaugą – todėl, pavyzdžiui, vienos įrodymo normos galia gali būti suprasta neteisingai, jeigu jos veikimas studijuojamas be atodairos į kitus tos sistemos aspektus. Jeigu teisė nesuteikia pagrindo, kuris įgalintų neturtingus atsakovus reikalauti gynybai svarbaus, brangaus tyrimo, šitai galėtų rodyti, jog moralinei neteisingo nuteisimo žalai teikiama mažai svorio, jei šios negalimybės efektas nesvarstomas kaip dalis sistemos, didelį įrodomąjį svarumą teikiančios teisminiam tyrimui, taip pat kitais būdais saugančios atsakovą.

Nepaisant to, atremti prieštaravimui, jog tam tikras baudžiamosios teisės bruožas teikia nenuosekliai žemą vertę neteisingumo išvengimo svarbai, nepakanka atsakyti, kad kitos baudžiamosios procedūros teisės dalys įkūnija priešingą klaidą. Mat įrodyti reikia ne tai, jog klaidos kiekvienoje iš nubrėžtos linijos pusių per ilgą baudžiamųjų bylų sprendimo laiką atšauks viena kitą, o veikiau tai, kad normų sistema, imant jas visas kartu, kiekvienu iš atvejų kelia ne didesnę riziką nei nustatytoji, turint omenyje tuos konkuruojančius teiginius, kurie figūruoja toje byloje. Reformuojamoji funkcija (turėčiau pridurti) taip pat turi būti jautri momentui, kurį pažymėjome aptardami finansiškai efektyvią visuomenę. Vertė, kurią visuomenė teikia moralinei žalai, gali būti įtvirtinta kitur jos teisėje ar praktikose, ne jos baudžiamojoje procedūroje, ir tuomet ta procedūra galėtų būti nenuosekli likusios teisinės ir politinės praktikos atžvilgiu, nepriklausomai nuo bet kokio vidinio nenuoseklumo pačių procedūros normų viduje.

Tačiau tiek kontroliuojamosios, tiek reformuojamosios antrosios teisės funkcijų atžvilgiu esama erdvės skeptiniam teiginiui, jog principas, kuris leidžia nuosaikiems teisininkams nesutarti, neteikia jokios

tikros apsaugos. Mat (kaip beveik visokioje teisinėje analizėje) klausimas, kiek teisė vertina moralinės žalos išvengimą ir kuri iš dviejų konkuruojančių procedūrų labiausiai priartėja prie to vertinimo standarto, nėra klausimai, numatantys įrodymo galimybę, ir nuostabūs teisininkai šiais klausimais nesutars. Nors antroji teisė taikoma nebus tokia vidujai kontroversiška kaip pirmoji, ji gali būti beveik tokia pat kontroversiška. Vis dėlto (čia vėl, kaip ir kitur) būtų klaida šį skeptinį teiginį suprasti kaip neigiantį moralinio ar teisinio principo svarbą arba kaip pasiteisinimą dėl nenoro pasitelkti ir ginti kaip įtaigų tam tikrą to principo pritaikymą, bet kokiu konkrečiu atveju, kai galime. Mat praktinė ginčijamo principo svarba nėra kažkas, ką galima nustatyti *a priori,* iki mūsų pačių stropiausių mėginimų suprasti, kokiu mastu tas principas mus atitolina nuo neteisingumo (to, ką mes laikome juo). Ši kvaila skepticizmo forma dažniausiai yra išsipildanti pranašystė.

Ką mes prieiname? Matėme, jog žmonės, įtraukti į baudžiamąjį procesą, neturi teisės į kiek įmanoma preciziškesnes procedūras jiems inkriminuojamiems kaltinimams tikrinti. Tačiau jie turi kitas dvi tikras teises: teisę į procedūras, kurios deramai įvertina moralinę žalą apskaičiuojant jiems tenkančią neteisingumo riziką; ir su ja susijusią ir praktiškai svarbesnę teisę į vienodą traktavimą to įvertinimo atžvilgiu. Būtent ši antroji teisė paaiškina Aukščiausiajame teisme nagrinėtas deramo proceso bylas, iš kurių kai kurias paminėjau ir kurias netrukus svarstysiu šiek tiek kitokiame kontekste. Tačiau pirma siūlau mūsų išplėtotą baudžiamosios procedūros aiškinimą pritaikyti ketvirtam ir penktam iš mano išvardytų klausimų. Šie klausimai kelia civilinės procedūros problemą ir apima klausimą, ar įrodymo teisės taikymas civilinėse bylose įgalina atskleisti svarbų defektą ar plyšį bylų sprendimo teorijoje, teigiančioje, jog civilinės bylos turėtų būti ir paprastai yra sprendžiamos remiantis principo, o ne politinės nuostatos pagrindu.

Akivaizdu, jog niekas neturi teisės į pačias preciziškiausias, kokios įmanomos, procedūras, kai nagrinėjamos jo ar jos pretenzijos pagal civilinę teisę. Nepaisant to, asmuo, kuriam pareiškiamos pre-

tenzijos dėl žalos, nulemtos nerūpestingo vairavimo, nors iš tikrųjų ne jis sėdėjo už vairo, arba asmuo, kuris negali tinkamai pareikšti ieškinio dėl žalos jo reputacijai, nes negali sužinoti asmens, kuris ją apšmeižė, vardo, arba asmuo, kuris pralaimi jam palankią sutarties bylą, nes informaciją, kuria būtų buvę galima pagrįsti ieškinį, įrodymo normos daro privilegijuotą, patiria neteisingumą, nors moralinės žalos dydis šiais skirtingais atvejais gali skirtis. Taigi civilinės teisės bylų šalys turi turėti iš principo tas pačias dvi teises, mūsų nustatytas tų asmenų, kurie kaltinami nusikaltimu, atveju. Jie turi teisę į procedūras, pateisinamas teisingo svarbos priskyrimo moralinei žalai, kurios pavojų kelia tos procedūros, ir su ja susijusią teisę į nuoseklų tos žalos įvertinimą jiems numatytose procedūrose, palyginti su procedūromis, taikytomis kitiems kitokiose civilinėse bylose.

Pirmoji iš šių dviejų teisių yra pamatinė legislatyvinė teisė. Kiekvienas turi teisę į tai, kad legislatūra nustatytų civilines procedūras, kurios korektiškai įvertina moralinės žalos riziką ir svarbą, ir ši teisė galioja teismų atžvilgiu, kai šios institucijos veikia atvirai legislatyviu būdu, kaip, pavyzdžiui, yra tuo atveju, kai Aukščiausiasis teismas priima ir paskelbia civilinės procedūros normas nepriklausomai nuo bet kokio konkretaus teismo proceso. Antroji yra juridinė teisė. Kitaip tariant, ji galioja teismų kaip bylų sprendimo instancijos atžvilgiu. Tai teisė į nuoseklų taikymą tos moralinės žalos teorijos, kuri figūruoja geriausiame nusistovėjusios teisinės praktikos pateisinime. Jungtinėse Valstijose, kaip sakiau, panaši teisė, galiojanti baudžiamuosiuose procesuose, sykiu yra konstitucinė teisė, įgalinama Konstitucijos Penktosios ir Keturioliktosios pataisos deramo proceso klauzulės. Tai reiškia, jog teismai turi pareigą peržiūrėti įstatymų leidybos aiškiai nustatytas procedūras, kad įsitikintų, ar istorinė moralinės žalos teorija, įkūnyta baudžiamosios praktikos tradicijose, yra pakankamai gerbiama. Kokios nors panašios bendros konstitucinės teisės civilinėje pusėje iš pažiūros nesama. Deramo proceso klauzulės buvo interpretuojamos kaip reikalaujančios bent jau teisminio nagrinėjimo, o tam tikros rūšies civilinių procesų atveju – tokios bylų sprendimo formos, kuri gali lemti nuosavybės netektį (nuosavybę suvokiant

plačiai).[69] Tačiau šiaip legislatūra civilinėje pusėje nėra saistoma kokio nors vertos prisiimti rizikos istorinio įvertinimo pareigos, kai priiminėja kokią nors naują įrodymo normą, sukurtą pinigams taupyti arba turinčią pasiekti kokios nors konkrečios naudos visai visuomenei. Ją saisto tik vienodos apsaugos klauzulė, taip pat kitos nuostatos, turinčios užtikrinti, kad piliečiai būtų traktuojami kaip lygūs kiekviename iš šių sprendimų. Kad ir kaip ten būtų, šiame skirsnyje mums rūpi būtent juridinė teisė *tout court*, visiškai nepriklausomai nuo bet kokios konstitucinės teisės.

Įžangoje į šią problematiką sakiau, jog tokios bylos kaip *D v. NSPCC* ir *Granada* kelia svarbią problemą bylų sprendimo teorijoms, nes šiose bylose argumentai apie tai, kas ugdo bendrąją gerovę, atrodo atlieką kontroliuojamąjį vaidmenį civiliniuose procesuose. Šalys nesutaria ne tik dėl rūpimųjų aukščiausiųjų konkrečių teisių, bet ir dėl teisinių mechanizmų, kurie bus naudojami tam galutiniam klausimui spręsti, o įvairių mechanizmų padarinius visai visuomenei teisėjai laiko mažų mažiausiai reikšmingais jų sprendimui tuo procedūriniu klausimu. Ar ši praktika verčia abejoti bendru teiginiu (gal net yra neklusni jo išimtis?), jog bylų sprendimas yra principo, o ne politinės nuostatos dalykas?

Turėtume pažymėti, pirma, jog net jeigu procedūriniai klausimai būtų sprendžiami kaip aiškūs politinės nuostatos dalykai, šitai nebūtų akivaizdus prieštaravimas teiginiui, jog pamatinis turinio klausimas yra principo klausimas. Ši išvada kyla iš to fakto, jog mūsų svarstytos finansiškai efektyvios visuomenės praktikos, kalbant apie baudžiamosios teisės sritį, nėra logiškai prieštaringos. Tačiau egzistuotų tam tikras moralinis nenuoseklumas, panašus į tą moralinį nenuoseklumą, kurį konstatavome egzistuojant toje visuomenėje. Mat idėja, jog bylų sprendimas yra principo dalykas – jog asmuo turi teisę laimėti bylą, jeigu teisė yra jo pusėje, net jei visa visuomenė dėl to patiria nuostolį ir net jeigu teisė, kuria jis remiasi, iš pradžių buvo pateisinta remiantis politinės nuostatos pagrindais, – presuponuoja, jog mažų mažiausiai šiokia tokia savarankiška svarba yra priskiriama moralinei žalai; o jeigu taip yra, tai morališkai nenuoseklu procedū-

ras, kurios saugo nuo moralinės žalos, palikti utilitariniam išskaičiavimui, kuris tą prielaidą neigia.

Tačiau šie samprotavimai taip pat rodo, kodėl ta šiurkšti deskripcija, anot kurios procedūriniai klausimai tokiose kaip *D v. NSPCC* ir *Granados* bylose yra sprendžiami remiantis politinės nuostatos pagrindais, yra klaidinama. Mat centrinis klausimas, kylantis tokiose bylose, yra klausimas, ar bylos šalis, pretenduojanti į tam tikrą procedūrinį pranašumą ar lengvatą, turi teisę į ją kaip teisių dalyką dėl savo bendrosios teisės į tam tikrą preciziškumo lygį, derantį su moralinės žalos teorija, atspindima visoje civilinėje teisėje. Kitaip tariant, tai antrosios iš mūsų išskirtųjų teisių turinio klausimas. Tai paaiškina, kodėl teisėjų apskaičiavimai nėra tokie, kokiais, kaip įsivaizdavome, baudžiamosios procedūros fiksuojamos finansiškai efektyvioje visuomenėje (jie tokie būtų, jeigu anas šiurkštus nusakymas būtų patenkinamas). Tai, ką daro teisėjai, sprendžiantys sunkiąsias įrodymo ir procedūros bylas, nėra tiesiog grynosios žalos, asocijuojamos su neprecizišku sprendimu, balanso socialinės naudos, gaunamos iš procedūrų ar normų, padidinančių netikslaus sprendimo riziką, atžvilgiu nustatymas. Priešingai: kai po ranka jau turime mūsų nustatytąsias perskyras, matome, jog šie skaičiavimai yra priimtini veikiau tai teisingumo schemai, kuri pripažįsta atskirą procedūrinę teisę, mūsų identifikuotą kaip juridinė teisė.

Teisėjų retorika šį faktą kartais ne mažiau užtemdo nei nušviečia. Pavyzdžiui, Rupertas Crossas cituoja štai kokį lordo Edmundo Davieso pasisakymą *D v. NSPCC* byloje:

> Kadangi visos įrodomosios medžiagos, svarbios dalyko teisminiam tyrimui, atskleidimas visais atvejais kelia nemažą viešą susidomėjimą, klausimas, į kurį reikia atsakyti, yra būtent tas, ar esama aiškaus pagrindimo, jog, nepaisant to, tam tikru konkrečiu atveju viešajam interesui būtų geriau pasitarnauta pašalinant galimybę pateikti tam tikrus įrodymus, nepaisant jų svarbumo. Jeigu, viską pasvėrus, dalykas lieka abejojamas, turėtų būti įsakmiai nurodyta paviešinti dalyką.[70]

Tai panašu į įprastinio finansinio efektyvumo balanso retoriką, kurią nutraukia suinteresuotas reikalavimas vis dėlto atskleisti svarbią informaciją. Tačiau pažvelgus įdėmiau, ji pasirodo beprasmiška, jei ją suprantame būtent šitaip.

Nepaminant prasmingumo negalima manyti, jog visuomenė turi „nemažą" interesą sužinoti konkretaus asmens, melagingai apkaltinusio D žiauriu elgesiu su savo vaikais, tapatybę ar netgi sužinoti konkrečią tapatybę visų asmenų, kurie yra apkaltinami pateikę tokius melagingus kaltinimus. Pavyzdžiui, sunku įsivaizduoti kokius nors politinius sprendimus, kuriuos visuomenė galėtų padaryti protingiau, jeigu disponuotų ta informacija. Galbūt esama ligūstai smalsių žmonių, kurie pasijustų darbingesni jeigu jie galėtų perskaityti informatoriaus vardą ryto bulvarinėje spaudoje. Tačiau nebūtų galima manyti, jog šis naudingumo išaugimas nusveria naudos vaikams nuostolį, jeigu Draugijos darbui grėstų kokia nors galimybė nukentėti dėl informacijos išviešinimo, ir vargu ar šis išaugimas pateisintų nusistatymą atskleisti informaciją „abejojamais" atvejais. Neabejotina tai, jog nuorodą į visuomenės suinteresuotumą informacija turime suprasti kaip nuorodą į jos suinteresuotumą tuo, kad būtų įvykdytas teisingumas, o ne į jos suinteresuotumą pačia informacija. Tačiau net ši formuluotė būtų klaidinama, jeigu ją būtų manoma nurodant aktualų visuomenės rūpestį, kad būtų vykdomas teisingumas civiliniuose procesuose, kokį tą rūpestį gali parodyti, pavyzdžiui, sociologinė apklausa. Mat nei gerbiamas lordas, nei kas kitas neturi jokios juslės, kuri leistų aiškiai pajusti, kiek visuomenei tai rūpi, – be abejo, kai kuriems šitai rūpi labiau nei kitiems, o kai kuriems visiškai nerūpi, – ir nei jis, nei kas nors kitas nemanytų, jog mažiau medžiagos teismo procese turėtų būti atskleista tais neišvengiamais periodais, kai visai visuomenei tai rūpi mažiau – gal dėl to, kad ji yra labiau susikoncentravusi į sezono įvykius, tokius kaip beisbolo finalas.

Nuorodos į visuomenės suinteresuotumą informacijos išviešinimu arba teisingumu yra prasmingos tik kaip užmaskuotos ir klaidinamos nuorodos į individualias teises, t. y. kaip nuorodos į preciziškumo lygį, į kurį bylos šalys turi teisę, kad galėtų apsiginti tam tikro

visuomenės intereso – pavyzdžiui, jos suinteresuotumo laisvu informacijos judėjimu naudingų viešųjų agentūrų ar spaudos kanalais – akivaizdoje. Mat visuomenė išties turi paprastą interesą – tos rūšies, kurį būtų galima apčiuopti kokia nors utilitarine analize, – kad šios institucijos veiktų efektyviai. Šiose bylose keliamas būtent klausimas, ar bylos šalis turi teisę į tokį preciziškumo lygį, – matuojant moralinės žalos rizikos požiūriu, – kuris koziriuotų šiuos šiaip svarbius ir teisėtus socialinius rūpesčius. Tai – principo, o ne politinės nuostatos klausimas, nors ir – kaip, viliuosi, aiškiai atskleidžia šioje esė gvildenamas svarstymas – įvairiomis prasmėmis ypatingas principo klausimas.

Pirma, tai klausimas, kuris reikalauja atidos įvairių normų ir praktikų socialinėms pasekmėms nustatinėjant teisių turinį. Kitur esu pamėginęs atskirti politinės nuostatos klausimus ir principo klausimus, susijusius su pasekmių svarstymu, siekdamas užbėgti už akių nelemtam šių dviejų rūšių socialinių klausimų plakimui į krūvą.[71] Tačiau pasekmių svarstymas yra neatsiejama skaičiavimų, suteikiančių galią svarstomajai teisei – teisei į nuoseklų moralinės žalos svarbos įvertinimą, – dalis. Mat mūsų kalba nesuteikia mums jokio kitokio mato gvildenamas tam turiniui tiek detaliai, kad tai būtų pravartu, išskyrus lyginamąjį atžvilgį, t. y. išvardijant socialinės naudos rūšis, kurios pateisintų tam tikrą moralinės žalos riziką arba jos nepateisintų. Tai implikacija to, ką aš labai stengiausi pabrėžti, būtent – jog aptariamoji teisė yra teisė į tai, kad moralinės žalos rizikai būtų priskirta tam tikra svarba, o ne teisė į tam tikrą, galimą nepriklausomai aprašyti, visiems atvejams bendrą preciziškumo lygį bylų sprendime. Jeigu tam tikra įrodymo norma net ir nežymiai padidins teismo proceso preciziškumą ir visuomenei nieko nekainuos nei bendrų išlaidų atžvilgiu, nei konkrečių konkuruojančių politinių nuostatų atžvilgiu, tai teismo nenoras diegti tą normą rodytų, jog neteisingumo riziką jis vertina beveik nuliu. Tačiau jeigu norma labai smarkiai pakeltų preciziškumo lygį, bet bendruomenei atsieitų itin brangiai, tai vengimas priimti tą normą būtų suderinamas su išties aukštu neteisingumo rizikos įvertinimu.

Ieškovas *D v. NSPCC* byloje argumentavo, jog jeigu civilinės neteisybės rizikai būtų suteikta normali galia, tos rizikos pavojus būtų svarbesnis negu socialinis nuostolis, kurį gali lemti informatoriaus vardo išviešinimas. Nebūta jokio kelio, kuriuo teismas būtų galėjęs nuspręsti, ar ji buvo teisi, nesvarstydamas, be vertės, skiriamos neteisingumo rizikai civilinėse bylose apskritai, – vertės, sugestijuotos lordo Edmundo Davieso pastabose apie abejojamas bylas, – taip pat ir sudėtingos tos agentūros darbo vertės visuomenės akyse. Tačiau būtų klaida daryti išvadą, jog kadangi teismas pastarąjį klausimą svarstė kiek detaliau, problema, su kuria jis susidūrė, buvo politinės nuostatos, o ne principo problema.

Antra, gali atrodyti, jog principo žaismas teismo sprendime dėl procedūrinių dalykų palieka erdvės teisėjo diskrecijai, taigi tikriems politinės nuostatos argumentams – tos rūšies, kurie paprastai yra nederami turinio dalykuose. Kai turima reikalo su turinio klausimais, atsakovo teisės prasideda ten, kur ieškovo teisės liaujasi galiojusios, todėl, kai, pavyzdžiui, nusprendžiama, jog ieškovas neturi teisės į kompensaciją už sutarties nutraukimą, darytina išvada, jog atsakovas turi teisę į tai, kad nuostolių kompensacija nebūtų skiriama. Kaip esu pamėginęs išaiškinti kitur, tai – ne kokios nors vidinės teisių ir pareigų gramatikos logikos implikacija (kaip tik priešingai, nes ta gramatika yra trivertė), o veikiau – fakto, jog konkreti teisė yra išdėstyta tame, ką aš vadinu „dispozicinėmis" sampratomis, tokiomis kaip teisinės atsakomybės, kylančios iš sutarties, samprata, kurių funkcija yra būtent užlopyti plyšį tarp ieškovo teisės nesėkmės ir atsakovo teisės sėkmės.[72] Tačiau tokia sąsaja tarp šių dviejų teisių negalioja procedūros byloje, nes akivaizdu, jog iš fakto, kad, pavyzdžiui, ieškovas neturi teisės į tai, kad jam būtų leista disponuoti tam tikru dokumentu, nekyla išvada, jog atsakovas turi teisę į tai, kad būtų neleidžiama panaudoti tą dokumentą.

Turime pasistengti šio momento nesuprasti klaidingai. Pamatinė procesinė teisė civiliniuose procesuose yra teisė į tai, kad neteisingo rezultato moralinės žalos rizika būtų įvertinta nuosekliai, kad tai rizikai nebūtų priskirta mažiau svarbos teismo procedūriniais spren-

dimais, nei jai priskirta teisėje apskritai. Abi bylos šalys turi tą procedūrinę teisę, tačiau dauguma atvejų tik viena remsis ta teise, kad galėtų pareikalauti tam tikros procedūrinės lengvatos. Tačiau nė viena iš šalių neturi jokios teisės, saugančios *nuo preciziškesnių,* nei reikalauja ta teisė, procedūrų. Todėl galėtų *atrodyti,* kad ir tuomet, kai jau yra aišku, jog bylos šalis, kovojanti dėl leidimo disponuoti tam tikra įrodomąja medžiaga, neturi jokios teisės į tai, kad ji jai būtų prieinama, vis tiek lieka tikras politinės nuostatos klausimas, ar, atsižvelgiant į viską, visuomenė daugiau laimėtų, ar netektų, jei šio pobūdžio informaciją būtų leista naudoti. Mat jeigu visuomenė iš tokio išviešinimo daugiau laimėtų, tai priežastis paviešinti tą informaciją turi būti visuomenės interesas, o ne procedūrinės bet kurios iš bylos šalių teisės, tad teisinga sakyti, jog priežastis įgalinti tokį priėjimą turi būti politinė nuostata, o ne principas.

Tačiau iš ankstesnės diskusijos turėtų būti aišku, jog ši argumentacijos linija yra klaidinga. Anot šios argumentacijos, procedūrinė teisė yra teisė į fiksuotą preciziškumo lygį, o ne teisė į tam tikrą svarumą, priskirtiną neteisingumo ir moralinės žalos rizikai. Jeigu ta teisė būtų teisė į tam tikrą preciziškumo lygį, tai teismo sprendimas, kaip taria šis argumentas, būtų priimtas dviem žingsniais: pirmąjį sudarytų principo sprendinys, klausiant, ar reikiamas preciziškumo lygis būtų pasiektas – apriorinės tikimybės požiūriu – net jeigu nebūtų leista naudoti rūpimosios įrodomosios medžiagos; o antrasis žingsnis – politinės nuostatos sprendinys, klausiant, ar – jeigu tas lygis būtų pasiektas – pašalinti tos medžiagos panaudojimo galimybę. Tačiau kadangi šis sprendimas – tai sprendimas, ar moralinės žalos rizika buvo deramai pasverta, šie du žingsniai susilieja į vieną. Mat jeigu „politinės nuostatos" išskaičiavimai rodo, jog visuomenė iš tokių įrodymų galimybės pašalinimo arba iš normos, pašalinančios tokius kaip šie įrodymus, neturės naudos, tai sprendimas nepaisant to vis tiek pašalinti tų įrodymų galimybę visai nerodytų rūpesčio dėl moralinės žalos rizikos ir akivaizdžiai pažeistų bylos šalies, siekiančios turėti galimybę panaudoti tą įrodomąją medžiagą, procedūrinę teisę. Taigi, nors priežastys skiriasi, instrumentiniai ir pasekmių apskaičiavimai, susiję su proce-

dūriniais sprendimais, yra lygiai taip pat visiškai neatsiejami nuo principo argumentų kaip ir tuomet, kai tokie apskaičiavimai iškyla konkrečiuose sprendimuose. Pasekmės figūruoja ne sprendžiant, ar leisti naudoti tam tikrus įrodymus, į kuriuos nė viena iš šalių neturi teisės, o sprendžiant, ar viena iš šalių turi teisę naudoti tuos įrodymus.

Apeliacinio teismo sprendimas *Granados* byloje, nors ir įmantrus, pakankamai gerai iliustruoja principinį apie pasekmes kalbančių procedūros argumentų pobūdį, tačiau šį atvejį komplikuoja tai, jog Britų plienas ieškinį dėl informacijos, kurios norėjo, pareiškė atskiru aktu, remdamasis *Norwich Pharmacal* bylos medžiaga, o ne platesnės nepriklausomos akcijos prieš televizijos kompaniją metu. Apeliacinis teismas nutarė, jog Britų plienas „iš principo" neturėjo teisės į tą informaciją, nes pavojų, jog tai informacijai esant neprieinamai, jis patirs neteisybę, nusvėrė visuomenės suinteresuotumas laisvu informacijos judėjimu, kuris, kaip manė Teismas, būtų tam tikru mastu apribotas, jeigu potencialūs informatoriai žinotų, kad jų vardai galėtų būti atskleisti teisminio proceso metu. Tai nebuvo tiesiog finansinė sąnaudų ir naudos analizė, nes potencialių ieškovų, kurių pozicija tokia kaip Britų plieno, interesų svarumą ji įvertino daug aukščiau negu šiuos interesus įvertintų tokia analizė. Ji šiuos interesus identifikavo kaip interesus išvengti moralinės žalos. Vis dėlto Teismas nutarė, jog šiuos interesus, deramai pasvėrus, nusveria visuomenės suinteresuotumas gauti informaciją. Tačiau tuomet pridūrė, jog konkrečiomis šio atvejo aplinkybėmis, atsižvelgiant į nevisiškai pavyzdingą Granados elgesį, viešajam interesui nebūtų gerai pasitarnauta ginant informatoriaus konfidencialumą. (Sunku suprasti, kaip Granados elgesys sugriovė jos visuomenei perduodamų žinių vertę, tačiau Teismas vis vien turėjo daryti tokią prielaidą, jeigu norėjo, kad jo sprendimas būtų racionalus.) Tačiau tokiu atveju neteisingumo grėsmė Britų plienui nebuvo, atsižvelgiant į ypatingus bylos faktus, nusverta viešojo intereso. Taigi informacijos išviešinimo nereikalavimas būtų pažeidęs tos kompanijos teisę į deramą rūpinimąsi neteisingumo grėsme jai.

Šeštas ir paskutinis klausimas iš tų, kuriuos išskyriau, klausia, ar piliečiai gali turėti kokių nors procedūrinių teisių dalyvauti tame, kas akivaizdžiai yra politinės nuostatos sprendimai (šalia jų teisės dalyvauti valdžios, sprendžiančios šiuos klausimus, rinkimuose tuo būdu, kuriuo dalyvauja visi piliečiai), nes šie sprendimai kokiu nors būdu turi tam tikrų padarinių būtent jiems. Šį klausimą suponuoja, kaip sakiau, *Bushell* bylos sprendimas Lordų rūmuose, kuris skelbė, jog nors prieš priimdama sprendimą tiesti greitkelį tam tikroje vietovėje, pagal nacionalinę schemą, valdžia privalo surengti klausymus, tie klausymai neprivalo apimti jokios vietinių gyventojų atliekamos kryžminės apklausos, turinčios leisti atsakyti į klausimą, ar tam tikros žinybos bendrosios prielaidos apie transporto srautą šalyje yra teisingos. Lordas Diplockas pačioje mąsliausioje iš lordų kalbų, sakė, jog tai, ar teisingumas reikalauja tokios kryžminės apklausos galimybės, priklauso nuo „visų tų aplinkybių", kurios apima kaip „patį svarbiausią dalyką paties inspektoriaus pažiūras į tai, ar tikimybė, jog kryžminė apklausa įgalins jį parengti pranešimą, kuris bus pravartesnis ministrui priimant sprendimą nei būtų šiaip, yra pakankamai didelė, kad pateisintų bet kokias išlaidas ir diskomfortą kitoms šalims, susijusioms su tyrimu, išlaidas ir diskomfortą, kuriuos lemtų bet koks to nulemtas to tyrimo pratęsimas". Ši kalba daro prielaidą, jog žmonės, konkrečiai paliečiami greitkelį numatančio sprendimo, neturi jokių teisių į jokią konkrečią procedūrą rengiant kokius nors klausymus, be to, ką tam tikras įstatymas galėtų būti detaliai numatęs, todėl sprendimas, kokias procedūras užtikrinti, yra vien tik sąnaudų ir naudos politinių sumetimų – mūsų įsivaizduotos finansiškai efektyvios visuomenės stiliaus – reikalas.

Ankstesnių šios esė skirsnių argumentacija nesugestijuoja jokios ydos lordo Diplocko aiškinime – jeigu mes nemanome, jog jei valdžia neišmintingai nutiesia greitkelį dėl to, kad remiasi netiksliomis eismo srautų prognozėmis, ji įvykdo neteisingumo aktą atžvilgiu tų, kurie dėl to greitkelio patirs diskomfortą. Ar neišmintingas greitkelio nutiesimas yra neteisingumo aktas? Manau, jog niekas neturi teisės į tai, kad greitkelis nebūtų nutiestas – ta griežta prasme, jog būtų

neteisinga jį tiesti, net jeigu tai daryti būtų išmintinga politinė nuostata. Tačiau tarkime, kad mes sakome, jog kadangi sąmoningas sprendimas tiesti greitkelį, sprendimas, kurį žinoma esant nepateisinamą remiantis utilitariniais pagrindais, yra neteisingumo aktas ir padaro moralinę žalą kiekvienam, kuris dėl jo ko nors netenka, klaidingas sprendimas tiesti greitkelį, kurio negalima pateisinti remiantis utilitariniais pagrindais, taip pat yra neteisingumo aktas, nors ir ne tokio rimto neteisingumo. Šį argumentą galima būtų paremti kokio nors teiginio analogija, jog klaidingas nekalto žmogaus apkaltinimas yra neteisingumo aktas, tačiau ne toks rimtas kaip tyčinis neteisingas nuteisimas. Tačiau toks palyginimas yra nevalidus, nes beprasmiška sakyti, jog žmonės turi teisę į tai, ką jiems suteikia tikslus utilitarinis išskaičiavimas, bent jau ta prasme, kuria mes galime pasakyti, jog žmonės turi teisę nebūti baudžiami už nusikaltimą, kurio jie nepadarė.

Tačiau dabar svarstomos argumentacijos klaida yra gilesnė nei šitai, nes ji subliūkšta, net jeigu mes tariame, jog kai valdžia padaro klaidą savo politinės nuostatos išskaičiavimuose, ji tuo pažeidžia kiekvieno piliečio teises. Lordas Diplockas taria, jog net jeigu dėl tam tikro sprendimo dėl greitkelio visuomenė bendru mastu pralaimėtų, jai vis tiek gali būti naudingos procedūros, susijusios su didesne tokios klaidos rizika negu kitos, brangesnės procedūros. Viskas priklauso nuo to, ar išaugusią procedūrų kainą, mokamą, pavyzdžiui, už galimybę bet kurį nacionalinės programos punktą patikrinti vietiniu lygmeniu, atperka nauda, sukuriama tos programos patobulinimų, – nauda, kuri būtų *aprioriškai* tikėtina. Jeigu neatperka, tai faktas, – matomas tik *post factum*, – jog brangesnė procedūra iš tikrųjų būtų produkavusi geresnę programą, nesugestijuoja, jog tos procedūros nevykdymas atėmė iš piliečių tai, ką rekomenduotų nauda. Priešingai, geriausias sprendinys dėl apriorinės naudos tuomet rekomenduotų pigesnę procedūrą, susijusią su didesniu prastesnės programos pavojumi, o ne brangesnę procedūrą, kuri padidintų geresnės programos šansus. Tokiu atveju sprendimas neleisti kryžminės apklausos, pagal dabar svarstomą hipotezę, suteikė piliečiams tai, į ką jie turėjo teisę: sprendimą, kuris maksimizavo vidutinę numatomą

naudą. Taigi tai ne klaidingas pažeidimas jų tariamos teisės į tai, ką rekomenduotų nauda, nors jo rezultatas ir buvo greitkelio nutiesimas, kurį nauda smerktų. Žinoma, sprendimas, ar brangesnės procedūros bus vertos tos kainos, pats yra politinės nuostatos sprendimas. Tačiau faktas, jog skaičiai Raudonojoje knygoje buvo iš tikrųjų neteisingi, neįrodo, net žvelgiant *post factum,* jog brangesnės procedūros būtų buvusios geresnės. Lordo Diplocko mintis yra būtent ta, jog antrinis politinės nuostatos sprendimas turėtų būti priimamas valdžios, per šią administracinę žinybą, o ne teismų.

Tačiau padarytume šiurkščią klaidą, jei iš šios minties išvestume išvadą, jog sprendimas dėl to, kokių procedūrų administracinės žinybos turėtų laikytis, visuomet arba būtinai yra antrinis politinės nuostatos sprendimas, kurio neturi daryti teismai. Kontroversiškoje byloje *Mathews v. Eldridge* (424 US 319 (1976)) Aukščiausiasis teismas buvo paprašytas nuspręsti, ar Jungtinių Valstijų vyriausybė galėtų panaikinti asmens socialinės apsaugos garantijas, nesikreipdama dėl aplinkybių ištyrimo, ir šiuo veiksmu nenusižengti deramo proceso klauzulei. Teismas pasakė, jog sprendimas, ar reikalingas aplinkybių tyrimas, priklauso nuo trijų faktorių:

> pirma, privataus intereso, kuriam valdžios veiksmai turės padarinių; antra, šiam interesui padaromos klaidingos skriaudos procedūriniu lygmeniu ir papildomų arba vietoj įprastinių naudojamų procedūrinių saugiklių tikėtinos vertės – jei tokia iš viso pripažįstama; ir galiausiai – nuo valdžios intereso, susijusio pirmiausiai su tam tikra konkrečia jos funkcija bei fiskalinės ir administracinės atsakomybės našta, kurią implikuotų papildomas ar pakeistas procedūrinis reikalavimas.

Teismas pažymėjo – šio trečio faktoriaus atžvilgiu, – jog pinigai bet kokioms papildomoms išlaidoms, kurias žinyba būtų priversta padaryti, jeigu deramo proceso klauzulė būtų interpretuojama kaip reikalaujanti aplinkybių tyrimo, kai panaikinamos socialinės garantijos, būtų imami iš fondų, skirtų ir kitiems pretenduojantiesiems į

socialines garantijas. Jis nusprendė, – pagal kriterijus, kuriuos pats pasiūlė, – kad Konstitucija nereikalauja svarstymų prieš panaikinant kieno nors socialinio saugumo garantijas.

Nors sunku pasakyti, remiantis vien teisėjų retorika, ar tam tikras testas sumanytas kaip paprastas sąnaudų ir naudos apskaičiavimas utilitariniu stiliumi, ar ne (kaip įsitikinome pirma nagrinėdami lordo Edmundo Davieso kalbą *D v. NSPCC* byloje), Aukščiausiojo teismo kalba čia panaši veikiau į lordo Diplocko kalbą *Bushell* byloje. Ir teisiniai komentatoriai ją interpretavo kaip reikalaujančią paprastos utilitarinės analizės.[73] Jeigu ši interpretacija teisinga, Teismas padarė rimtą klaidą tardamas, jog jo naudojamas kriterijus yra kriterijus, kurio reikalauja Konstitucija. Mat kai Kongresas apibrėžia, kas turi teisę į socialinio saugumo garantijas, žmonės, kuriuos įvardija Kongresas, turi teisę į tas lengvatas. Iš to kyla išvada, jog žaloje, padaromoje šiems žmonėms, kai iš jų yra klaidingai atimamos jų garantijos, esama neteisingumo faktoriaus, kurio neįmanoma suvokti jokiu utilitariniu apskaičiavimu, net sudėtingu, kuris numato brangių procedūrų apriorinės vertės klausimą. Šitai sudaro svarbų skirtumą tarp *Bushell* ir *Mathews* bylų. Niekas neturi teisės į tai, kad greitkelis nebūtų tiesiamas ten, kur jis sužalos vietovaizdį, tačiau žmonės tikrai turi teisę į garantijas, kurias Kongresas (išmintingai ar ne) jiems numato. Taigi pastarosios bylos aplinkybėmis bet koks administracinis sprendinys kelia moralinės, ne tik grynos žalos riziką, riziką, kurios nėra pirmosios bylos aplinkybėmis, ir nauda kaip matas nedera vienu, tačiau ne kitu atveju.

Aš nenoriu pasakyti, jog Teismo sprendimas *Mathews* byloje būtinai buvo neteisingas. Mat čia nesusiduriame – ne daugiau nei baudžiamosios procedūros byloje – su griežtu pasirinkimu: arba iš viso nepripažinti jokios procedūrinės teisės, arba pripažinti teisę į tam tikrą procedūrą bet kokia kaina. Administracinio proceso dalyviai turi tas pačias bendras procedūrines teises, kurias į teismą atsineša visi besibylinėjantieji, nes šios teisės yra visų pirma politinės teisės. Žmonės turi teisę į tai, kad būtų paisoma neteisingumo faktoriaus bet kokiame sprendime, kuris atima iš jų tai, į ką jie turi teisę, ir kad

jam būtų teikiamas deramas svoris bet kokiose procedūrose, sukurtose patikrinti jų esmines teises. Tačiau iš šito automatiškai nekyla nei išvada, jog jie turi teisę, nei ta, jog jie neturi teisės į bet kokio konkretaus masto ir struktūros teisminį nagrinėjimą. Šitai priklauso nuo įvairių veiksnių, iš kurių pažymėtini tie, kuriuos Teismas paminėjo *Mathews* byloje. Teismas buvo neteisus ne dėl to, kad tuos faktorius manė esant svarbius, bet dėl to, kad tarė, jog pareiškėjui skirtoje svarstyklių pusėje buvo tik grynoji žala, kurią jis patirtų, jeigu jo įmokos būtų nusavintos, – jeigu šitai yra korektiška interpretacija to, ką pasakė Teismas. Pareiškėjui skirta svarstyklių pusė turi deramai atspindėti moralinės žalos rizikos svorį, nors visiškai įmanoma, jog balansas vis vien galiausiai bus nepalankus išsamiam teisminiam nagrinėjimui.

Kadangi klausimas, pateiktas teismui tokioje byloje kaip *Mathews,* yra principo klausimas, reikalaujantis sprendinio apie tai, ar teisė į nuoseklų moralinės žalos rizikos įvertinimą buvo patenkinta, tai yra tinkamas klausimas bylų sprendimui, ir Teismas pasielgs blogai, jei paprasčiausiai paklus žinybos sprendiniui tuo klausimu, nors jis gali paklusti, atiduodamas duoklę ekspertiniam žinojimui, žinybos sprendiniui apie logiškai išplaukiančius to klausimo komponentus. Ir vėl: šituo *Mathews byla* skiriasi nuo *Bushell.* Pastarojoje byloje procedūros klausimas pats buvo integruotas, su kitais klausimais, įprastiniame politinės nuostatos sprendinyje, kuriame teisių turėjimo klausimas nebuvo išskirtas. Bendra institucinė schema, priskirianti politinės nuostatos klausimus vykdomosios valdžios atstovams, o ne teismams, procedūros klausimą priskiria žinybai. *Mathews* byloje keliamas atskiras principo klausimas, ir teismai negali šiuo klausimu kam nors paklusti, nepamindami savo pareigos pasakyti, kokios yra žmonių konstitucinės teisės.

Tačiau dabar turime paklausti, ar esama kokių nors kitų argumentų, – be konkretaus neteisingumo rizikos, kuri šioje esė buvo mūsų pagrindinis dėmesio objektas, – ginančių brangias procedūras, kurių reikalautina iš administracinių žinybų ar kitų instancijų. Savo naujame ir svarbiame traktate apie konstitucinę teisę Laurence'as

Tribe'as siūlo atskirti du skirtingus Konstitucijos deramo proceso reikalavimus remiantis principo pagrindu tokiose bylose kaip *Mathews*. Jis sako, jog šie reikalavimai galėtų būti suprantami instrumentiškai, kaip nustatantys procedūras, pateisinamas dėl to, kad jos padidina grindžiamųjų konkrečių sprendinių preciziškumą, arba kaip savaime vertingi, kaip tai, į ką žmonės turi teisę, kai valdžia veikia tokiu būdu, kuris tuos žmones išskiria, turi teisę nepriklausomai nuo jokio efekto, kurį ta procedūra gali turėti galutiniam rezultatui. Pastaroji interpretacija taria, pasak jo, jog tiek

> teisė būti išklausytam, tiek teisė gauti paaiškinimą yra analitiškai skirtingos nuo teisės užsitikrinti kitokį rezultatą; šios teisės išsakyti poziciją išreiškia elementarią idėją, jog būti *asmeniu,* o ne *daiktu,* reiškia tai, kad su jumis bent jau bus tariamasi apie tai, kas jūsų atžvilgiu daroma ... Mat kai valdžia veikia tokiu būdu, kuris išskiria identifikuoti galimus individus, – būdu, kuris, tikėtina, remiasi išankstinėmis prielaidomis apie tam tikrus asmenis, – ji skatina ypatingą susirūpinimą dėl to, kad su jumis būtų asmeniškai *kalbama* apie sprendimą, o ne paprasčiausiai *sprendžiamas* jūsų likimas.[74]

Tribe'as pažymi, jog faktiniai Teismo sprendimai atrodo labiau derą su pirmąja iš jo dviejų deramo proceso reikalavimo interpretacijų nei su antrąja, ir daro prielaidą, jog taip yra galbūt dėl to, kad Teismas nekreipė dėmesio į šią perskyrą.

Ši analizė yra nepaneigiamai įdomi. Tačiau nuoroda į „ypatingą" rūpestį reikalauja šiek tiek dėmesio. Ji negali reikšti, jog tiesiog atkreipiamas dėmesys į grynosios žalos aspektą, kuris galėtų būti nepastebėtas. Mat nors gal ir galima laikyti psichologiniu faktu tai, jog apskritai žmones nepriimtinas sprendimas labiau jaudina tuomet, kai jis yra priimamas anonimiškai, jiems patiems nedalyvaujant, tačiau šios rūšies žala figūruoja bet kokiame gerame utilitariniame išskaičiavime ir tai ne priežastis, dėl kurios sprendimas, ar reikalingas teisminis svarstymas, neturėtų būti grindžiamas tokiu išskaičiavimu. Kad

ir kaip ten būtų, abejotina, ar šios rūšies grynoji žala nusvertų nuostolį, patirsimą kitų pretenduojančiųjų į socialines garantijas arba kitų recipientų, turinčių naudos iš federalinių gerovės programų, kuriems galiausiai ir teks brangaus teisminio nagrinėjimo išlaidų našta.

Taigi „ypatingo rūpesčio" objektas turi būti kokios nors moralinės žalos faktas arba rizika, ne tik ypatinga grynosios žalos rūšis. Tačiau tai negali būti tik konkretaus neteisingumo rizika, nes šią žalą numato instrumentinė procedūrinių reikalavimų interpretacija. Savaiminės vertės interpretacija nurodo kitokią moralinės žalos formą. Tačiau kokią? Kalba apie tai, jog su žmonėmis reikia tartis, užuot už juos tvarkius jų gyvenimą, ir apie jų kaip žmonių, o ne kaip daiktų traktavimą čia menkai gelbsti, kitaip nei paprastai politinėje teorijoje. Mat tai nepaaiškina, kodėl neabejojama anonimiškų sprendimų žala nėra tik grynoji žala, o teiginiai apie tai, koks traktavimas asmenį traktuoja kaip asmenį, geriausiu atveju yra argumentų išvados, o ne prielaidos. Taip pat nuoroda į tą faktą, jog sprendimas liečia konkrečius individus, o ne dideles žmonių grupes, menkai gelbsti. Mes turime žinoti, kodėl tai ne tas pat. Vienintelė prielaida šiuose fragmentuose yra ta, jog sprendimas dėl nedaugelio žmonių, „tikėtina, remsis išankstinėmis prielaidomis apie tam tikrus asmenis". Tačiau šitai mus sugrąžina prie preciziškumo problemos, nes teigiama, jog asmuo patiria moralinę žalą arba jos nepatiria, kai yra laikomas turinčiu arba neturinčiu tam tikras negalias arba savybes, ir šitai, nepateikiant jokių tolesnių argumentų, gali būti suprantama kaip moralinė žala, tik jeigu tai yra neteisinga.

Taigi norint pagrįsti moralinės žalos atskyrimą nuo nepreciziškumo, reikia įdėti daugiau darbo. Gal Tribe'as tenori pasakyti, jog deramo konstitucinio proceso reikalavimai yra pateisinami, nes netikslūs administraciniai sprendimai produkuoja moralinę žalą, greta grynosios žalos, o tokiu atveju jo mintis nereikalauja perskyros tarp instrumentinių ir savaime vertingų deramo proceso aspektų – veikiau ji reikalauja perskyros instrumentinio aspekto viduje, perskyros, kuri atkreipia dėmesį į saugos nuo tos rūšies moralinės žalos, kurios nesučiuopia sąnaudų ir naudos utilitariniai išskaičiavimai, svarbą.

Tačiau mes bent jau galime nujausti, jog procedūriniai klausimai klausia apie kažką daugiau nei net ir tos rūšies moralinė žala. Tarkime, jog kas nors yra nubaudžiamas už nusikaltimą, kurį – esame absoliučiai tikri – jis įvykdė, tačiau visiškai be jokio teismo. Mes jaučiame, kad jis patyrė neteisingumą, tačiau, manau, būtų dirbtina tarti, jog šitai susiję su rizika, jog jis bus nuteistas be kaltės. Juk mes esame tikri, kad tokios rizikos šiuo atveju visiškai nėra. Mūsų neteisingumo jausmas čia be abejonės sietinas su idėja, jog žmonės turi būti išklausyti, prieš visuomenei oficialiai padarant tam tikras išvadas apie juos. Tačiau tos išvados turi kaip nors juos diskredituoti. Gal ne per stipru pasakyti, jog tai turi būti kokia nors moralinė diskreditacija, moralės terminą čia vartojant platesniąja iš dviejų prasmių, kurias pravarčiai išskyrė Johnas Mackie.[75] Tai paaiškintų pilietinių teisių atėmimo idėją ir jos įkvėptus įstatymų projektus, t. y. įstatymus, kurie yra nekonstituciniai dėl to, kad yra legislatyvinis, o ne teisminis įvardytųjų individų ar grupių kaltės apibrėžimas.

Klausimas, kokia moralinė žala, skirtinga nuo konkrečios neteisybės rizikos, įžvelgtina šiame kaltės *ex parte* apibrėžime, kuris nenumato jokio vaidmens smerkiamajam individui, lieka atviras. Tai pernelyg platus klausimas, kad čia galėtume pradėti jį gvildenti. Vis dėlto akivaizdu, jog tos rūšies svarstymuose dėl greitkelio, kurie figūravo *Bushell* byloje, nekeliamas joks kokios nors tokio pobūdžio moralinės žalos klausimas. Daugiau erdvės ginčui gali suteikti sprendimas panaikinti socialinės saugos garantijas atveju, tačiau tai neabejotinai turi priklausyti nuo pagrindo, kuriuo remiamasi ar kuris yra netiesiogiai siūlomas priimant sprendimą panaikinti tas garantijas, pobūdžio.

4. Pilietinis nepaklusnumas ir protestas prieš branduolinį ginklavimąsi*

Toliau pateikiamas pilietinio nepaklusnumo aptarimas buvo parengtas šiai temai skirtai konferencijai, kurią Bonoje organizavo Vokietijos socialdemokratų partija. Idėja yra nauja daugumai vokiškų auditorijų. Jie žino, jog pilietinis nepaklusnumas buvo intensyviai analizuojamas toje tradicijoje, kurią jie vadina anglų ir amerikiečių tradicija; todėl aš buvau paprašytas nusakyti šios diskusijos specifiką Britanijoje ir Jungtinėse Valstijose. Iš tiesų šios idėjos istorija tose dviejose kultūrose yra kiek skirtinga. Jungtinės Valstijos išgyveno ilgą politinio skaldymosi procesą, kuris legalumo dilemas padarė ypač opias. Pirmas dalykas, produkavęs filosofinę literatūrą ir nacionalinius debatus apie tai, buvo vergovė. Prieš Amerikos pilietinį karą Kongresas išleido Vergų bėglių aktą, kuriuo buvo kriminalizuota šiauriečių pagalba pabėgusiems vergams, šiems vengiant vergų gaudytojų; daugelis žmonių pažeidinėjo tą įstatymą, nes sąžinė jiems neleido jam paklusti. Kitas dalykas, generavęs antrą ir kiek kitokią paklusnumo krizę, buvo religinės sektos. Pavyzdžiui, Jehovos liudytojams jų tikėjimas draudžia sveikinti vėliavą, o daugelio valstijų įstatymai reikalavo iš moksleivių kiekvienos dienos pradžioje pasveikinti Amerikos vėliavą. Jehovos liudytojų atsisakymas paklusti šiam įstatymui išprovokavo kai kuriuos iš pačių svarbiausių Aukščiausiojo teismo sprendimų mūsų Konstitucijos istorijoje, tačiau iš pradžių sektos narių veiksmai buvo suprantami ir vertinami kaip pilietinio nepaklusnumo aktai.

* Pastaba. Ši esė parengta pranešimo, perskaityto konferencijoje pilietinio nepaklusimo tema, kurią 1983 m. rugsėjo mėn. Bonoje surengė Jürgenas Habermasas, globojant Vokietijos socialdemokratų partijai, pagrindu. © Ronald Dworkin.

Europiečiams, be abejo, žinomi ne tokie seni nepaklusnumo atvejai Jungtinėse Valstijose. Martinas Lutheris Kingas Jaunesnysis susilaukė pagarbos visame pasaulyje. Jis vadovavo nepaklusnumo kampanijai, nukreiptai prieš Jimo Crow įstatymus, kurie institucionalizavo rasistines vergvaldiškas kategorijas praėjus šimtui metų po to, kai buvo laimėtas Pilietinis karas. Šis pilietinių teisių sąjūdis įsiliejo į didelę protesto prieš Amerikos įsitraukimą į Vietnamo karą bangą ir su ja susiliejo. Karas išprovokavo kai kuriuos iš pačių aštriausių pilietinio nepaklusnumo epizodų amerikiečių istorijoje ir didžiąją dalį pačios įdomiausios filosofinės literatūros šia tema.

Angliškoji pilietinio nepaklusnumo mūsų dienomis istorija yra plonesnė. Į galvą ateina Bertrand'o Russello, įkalinto dėl pacifizmo, atvejis, dar – sufražistės ir ankstyvasis darbininkų judėjimas. Tačiau šie fenomenai nepaskatino jokių pastovių nacionalinių debatų apie pilietinio nepaklusnumo principus; kad ir kaip ten būtų, debatai apie principus yra ne tokie įprasti, ne taip dera su britų gyvenimu ir politika. Tačiau kaip tik dabar Britanija, drauge su kitomis Vakarų Europos šalimis, taip pat Jungtinėmis Valstijomis išgyvena naują pilietinio nepaklusnumo situaciją, susijusią su karštai ginčijamu ir baimę keliančiu klausimu, ar Europoje turėtų būti dislokuoti Amerikos branduoliniai ginklai.

Didžioji dalis mano ką tik suminėtos filosofinės literatūros, atrodo, paviršutiniškai žvelgiant, perdėm terminologinė. Politikos filosofai skyrė tikrai nemažai dėmesio pilietinio nepaklusnumo apibrėžimui, klausimui, kuo jis skiriasi nuo kitų rūšių politiškai motyvuotos nusikalstamos veikos. Tačiau šie pratimai yra terminologiniai tik paviršiuje. Jie siekia atskleisti įvairių rūšių aktų įvairių rūšių situacijose moralinės kokybės skirtumus. Perskyros čia yra esminės svarbos dalykas; jų nesužiūrėsime praktinių sprendimų ir vertinimų įkarštyje, jeigu jos nėra įrėžtos teorijoje, per kurios akinius mes regime politinį pasaulį.

Pilietinis nepaklusnumas, kad ir kokias tolimesnes perskyras galėtume būti linkę padaryti šios bendros kategorijos viduje, labai skiriasi nuo įprastinės nusikalstamos veikos, motyvuojamos savanaudiškumo arba pykčio, arba žiaurumo, arba pamišimo. Taip pat jis

skiriasi – šito nepastebėti yra lengviau – nuo pilietinio karo, kuris kyla tam tikroje teritorijoje, kai viena grupė kvestionuoja valdžios arba tam tikrų politinės bendruomenės dimensijų legitimumą. Pilietinis nepaklusnumas yra elgsena žmonių, kurie valdžios autoriteto nekvestionuoja tokiu fundamentaliu būdu. Jie savęs nelaiko – ir nereikaluja, kad kiti juos laikytų, – siekiančiais kokio nors pamatinio lūžio ar konstitucinės reorganizacijos. Jie pripažįsta tiek valdžios, tiek bendruomenės fundamentalų legitimumą; savo veiksmais jie siekia įvykdyti, o ne kvestionuoti savo kaip piliečių pareigą.

Jeigu apie pilietinį nepaklusnumą mąstome taip bendrai, abstrahuodamiesi nuo tolesnių perskyrų, kurias ketinu padaryti, šiandien mes galime pasakyti tai, ko nebūtumę galėję pasakyti prieš tris dešimtmečius: kad amerikiečiai pripažįsta, jog pilietinis nepaklusnumas turi legitimią, nors ir neformalią vietą jų bendruomenės politinėje kultūroje. Nedaugelis amerikiečių dabar smerkia 7-ojo dešimtmečio pilietinius teisių ir antikarinius sąjūdžius arba apgailestauja dėl jų. Žmonės politikos spektro centre, taip pat jo kairėje, viešai kalbėdami teigiamai vertina įžymiausius pilietinio nepaklusnumo epizodus, bent jau retrospektyviai. Jie pripažįsta, jog šie aktai išties angažavo kolektyvinį bendruomenės moralinį jausmą. Pilietinis nepaklusnumas nebėra bauginanti idėja Jungtinėse Valstijose.

Kokios pilietinio nepaklusnumo teorijos mums reikia? Jeigu norime, kad ji būtų patvari, o ne tuščiavidurė, turime išvengti gundančio trumpesnio kelio. Pilietinį nepaklusnumą savo politinės patirties elementu laikome ne dėl to, kad kai kurie žmonės yra dorybingi, o kiti sugedę, ir ne dėl to, kad kai kurie turi išminties monopolį, o kiti – neišmanymo monopolį. Reikalas veikiau tas, kad mes nesutariame, kartais iš pagrindų – taip, kaip nesutars nepriklausomi žmonės, turintys gyvą teisingumo jausmą – dėl labai rimtų politinės moralės ir strategijos klausimų. Taigi pilietinio nepaklusnumo teorija yra bevertė, jeigu ji skelbia tik tai, jog žmonės yra teisūs, kai nepaklūsta įstatymams ir sprendimams, kurie yra ydingi arba kvaili, jog nepaklusnumo teisumas tiesiogiai kyla iš teisės neteisingumo. Beveik

visi sutiks, jog *jeigu* tam tikras konkretus sprendimas yra labai ydingas, žmonės turi jam nepaklusti. Tačiau šis sutarimas bus bevertis tam tikrais konkrečiais atvejais, mat žmonės tais atvejais nesutars, ar įstatymas *yra* toks ydingas ir ar jis iš viso ydingas.

Turime nevengti sunkesnės užduoties. Turime pamėginti išplėtoti pilietinio nepkalusnumo teoriją, kuri galėtų padiktuoti sutarimą dėl to, ką žmonės iš tikrųjų turėtų daryti, net kai iš pagrindų nesutariama dėl įstatymo, kuriam nepaklūstama, išminties ar teisingumo. Tačiau tai reiškia, jog mes turime stengtis jokio sprendimo dėl pilietinio nepaklusnumo teisumo *ne*daryti priklausomo nuo to, kuri pusė yra teisi principiniame ginče. Kitaip tariant, turime siekti, kad mūsų sprendimai priklausytų nuo kiekvienos iš pusių puoselėjamų įsitikinimų rūšies, o ne nuo tų įsitikinimų gerumo. Šio tipo teoriją galėtume pavadinti *darbine* pilietinio nepaklusnumo teorija.

Mūsų sėkmė priklausys nuo štai kokios perskyros. Turime iškelti du skirtingus klausimus ir įtvirtinti jų nepriklausomumą vienas nuo kito. Pirmasis yra šis: ką žmonėms dera daryti, *turint omenyje* jų įsitikinimus, kitaip tariant – ką dera daryti žmonėms, kurie yra įsitikinę, jog tam tikras politinis sprendimas yra tam tikru atžvilgiu neteisingas arba nemoralus? Antrasis yra šis: kaip turėtų reaguoti valdžia, kai žmonės nusižengia įstatymui, kai šitai – turint omenyje jų įsitikinimus – jų atveju yra teisingas poelgis, nors dauguma, kuriai atstovauja valdžia, ir toliau mano, kad tas įstatymas yra geras? Šie klausimai turi tokią formalią struktūrą, kurios mums reikia, kad sukurtume patvarią teoriją, nes žmonės gali – iš principo – atsakyti į juos tuo pačiu būdu bet kokia konkrečia proga, net jei jie nesutaria dėl principiniame politiniame ginče diskutuojamų dorybių. Tie, kurie sudaro daugumą, gali savęs paklausti – pirmojo klausimo dvasia – „Ką mums derėtų daryti, jeigu mūsų įsitikinimai būtų tokie kaip jų?" Tie, kurie sudaro mažumą, gali paklausti – antrojo klausimo dvasia – „Ką mums derėtų daryti, jeigu mes turėtume tokią politinę galią ir tokias pažiūras kaip dauguma?" Tada galime viltis pasiekti bent apytikrį sutarimą dėl geriausių atsakymų į šiuos klausimus, nors ir neturime ginče dalyvaujančiųjų konsenso dėl pamatinių moralinių ir strateginių įsitikinimų.

Kai imamės pirmojo klausimo – dėl to, ką dera daryti žmonėms, manantiems, kad tam tikri įstatymai yra neteisingi, – viskas priklauso nuo to, kurį bendrą pilietinio nepaklusnumo *tipą* mes turime galvoje. Iki šiol aš kalbėjau taip, tarsi visų mano paminėtųjų įžymiųjų pilietinio nepaklusnumo aktų motyvai ir aplinkybės buvo vienodi. Tačiau taip nebuvo, ir dabar turime pažymėti skirtumus. Tas, kuris mano, jog būtų didžiai neteisinga nesuteikti pagalbos pabėgusiam vergui, besibeldžiančiam į jo duris, o dar blogiau – perduoti jį teisėsaugos tarnyboms, – mano, jog Vergų bėglių aktas reikalauja iš jo elgtis nemoraliai. Jo asmeninis principingumas, jo sąžinė, neleidžia jam paklusti. Kareiviai, įstatymu pašaukti kariauti kare, kurį jie laiko blogu, yra tokioje pačioje padėtyje. Žmonių pilietinį nepaklusnumą tokiomis aplinkybėmis aš vadinsiu nepaklusnumu, „pagrįstu padorumo sumetimais".

Kaip kontrastą apsvarstykime moralinę poziciją juodaodžių, pažeidusių teisę pilietinių teisių sąjūdžio metu, – juodaodžių, sėdėjusių viešojo maitinimo įstaigose, kuriose jiems buvo uždrausta lankytis, ir šitaip siekusių privilegijos valgyti riebiuosius mėsainius šalia jų nekenčiančių žmonių. Prašautume pro šalį sakydami, kad jie ten buvo paklusdami sąžinei, kad jie pažeidė teisę dėl to, kad negalėjo nenusižengdami principingumui daryti tai, ko reikalavo teisė. Niekas neturi bendros moralinės pareigos siekti teisių, kurias jis mano turįs, ir pretenduoti į jas. Jie veikė vedami kitokio motyvo: oponuoti programai, kurią jie manė esant neteisingą, – daugumos sukurtai mažumos priespaudos programai – ir siekti jos atšaukimo.[76] Tie pilietinių teisių sąjūdžio dalyviai, kurie pažeidė teisę, bei daugelis civilių, kurie ją pažeidė protestuodami prieš karą Vietname, manė, kad dauguma savo interesų ir tikslų įgyvendinimo siekė neteisėtai, nes nepaisė kitų teisių, mažumos savo šalyje teisių pilietinių teisių sąjūdžio atveju ir kitos šalies teisių – karo atveju. Tai – „teisingumu grindžiamas" pilietinis nepaklusnumas.

Šių dviejų pirmųjų rūšių pilietinis nepaklusnumas implikuoja – tiesa, nevienodai – principo įsitikinimus. Esama trečios nepaklusnumo rūšies, kuri susijusi ne su principo, o su politinės nuostatos sprendimais. Kartais žmonės pažeidžia teisę ne dėl to, kad mano,

jog programa, kuriai jie oponuoja, yra nemorali ir neteisinga – nusakytomis prasmėmis, – bet dėl to, kad ją laiko labai neišmintinga, kvaila ir pavojinga pačiai daugumai taip pat, kaip ir kokiai nors mažumai. Neseniai vykę protestai prieš Amerikos raketų dislokavimą Europoje tuo mastu, kuriuo buvo pažeista vietinė teisė, buvo daugiausiai šios trečios rūšies pilietinio nepaklusnumo atvejai, nepaklusnumo, kurį vadinsiu „grindžiamu politine nuostata". Jeigu pamėgintume rekonstruoti moterų iš *Greenham Common* Anglijoje pažiūras ir elgseną arba žmonių, įsibrovusių į karines bazes Vokietijoje, pamatytume, jog dauguma – ne visi, bet dauguma – nemanė, jog jų valdžios sprendimas įsileisti raketas buvo daugumos, siekiančios savų interesų mažumos teisių arba kitos šalies teisių pažeidinėjimo kaina, aktas. Veikiau jie manė, kad dauguma šiuo sprendimu padarė tragišką klaidą visuotinių interesų požiūriu – savo pačios interesų požiūriu, kaip ir bet kokių kitų interesų požiūriu.[77] Jie siekė priversti daugumą ne likti ištikimą teisingumo principams, bet paprasčiausiai atsitokėti.

Bet kokia analitinė perskyra, kuri remiasi, kaip ši, nuomonių skirtumais, susijusi su akivaizdžiu pavojumi. Bet koks politinis sąjūdis ar grupė apims labai skirtingų pažiūrų ir įsitikinimų žmones. Ir jokia būtinybė neužtikrina, jog pavienio asmens įsitikinimai sklandžiai įtilps į išankstinę kategoriją. Pavyzdžiui, dauguma iš tų, kurie protestavo prieš Amerikos karą Vietname, buvo įsitikinę, jog jų valdžios politinis kursas buvo *sykiu* neteisingas ir kvailas. Nepaisant to, perskyra tarp pilietinio nepaklusnumo tipų (ir tolesnė perskyra, kurią aš dar padarysiu) yra reikalinga ir svarbi, nes jie įgalina mus iškelti hipotetinius klausimus maždaug štai kokiu būdu. Mes galime pamėginti identifikuoti sąlygas, kurioms esant pilietinio nepaklusnumo aktai būtų pateisinami, jeigu veikėjų įsitikinimai ir motyvai būtų įsitikinimai ir motyvai, asocijuojami su kiekvienu iš nepaklusnumo tipų, paliekant kaip tolimesnį klausimą tai, ar rūpimieji įsitikinimai tam tikra konkrečia proga galėtų būti įtikinamai laikomi tokios rūšies įsitikinimais arba apimančiais tokios rūšies įsitikinimus.

Šia prasme apsvarstykime pirmąjį pilietinio nepaklusnumo tipą,

kai teisė iš žmonių reikalauja daryti tai, ką jiems absoliučiai draudžia sąžinė. Manau, beveik kiekvienas sutiks, jog žmonės, užimantys tokioje padėtyje poziciją, elgiasi teisingai, – turint omenyje jų įsitikinimus, – jei pažeidžia teisę. Žinoma, prievartos ir terorizmo tuo neįmanoma pateisinti. Jeigu kam nors sąžinė neleis paklusti kokiam nors įstatymui, ji jam taip pat neturėtų leisti žudyti arba skriausti nekaltų žmonių. Tačiau sunku sugalvoti kokių nors kitų patikslinimų, kuriuos darbinė teorija čia turėtų pripažinti. Pavyzdžiui, ji negalėtų pridurti tolesnio – gundančio – patikslinimo, jog pilietis turėtų būti išnaudojęs visas įmanomas normalaus politinio proceso galimybes vienaip ar kitaip atšaukti politinį sprendimą, su kuriuo jis nesutinka. Principingumu grindžiamas nepaklusnumas paprastai yra neatidėliotinas dalykas. Šiaurietis, iš kurio reikalaujama perduoti pabėgėlį vergą vergų gaudytojui, net mokinys, iš kurio reikalaujama sveikinti vėliavą, kaip būta kadaise, patiria nepataisomą nuostolį, jeigu paklūsta šiems reikalavimams, ir jam yra menka paguoda, jei įstatymas netrukus po to atšaukiamas. Įtikinamesnis kitoks patikslinimas. Teorija gali reikalauti, kad veikėjas atsižvelgtų į pasekmes ir nepažeistų įstatymo, jeigu tikėtinas rezultatas yra tas, kad situacija ne pagerės, o pablogės pagal jo paties kriterijus. Tačiau vargu ar šis konsekvencialistinis perspėjimas galėtų pretenduoti į nekontroversiškumą. Ar asmuo turėtų žudyti nekaltus civilius Vietname arba padėti grąžinti vergą į nelaisvę tiesiog todėl, kad jeigu, užuot tai daręs, pažeistų teisę, jis paskatintų atsakomąją reakciją, dėl kurios būtų nužudyta daugiau civilių ir daugiau žmonių žūtų vergijoje nei tuo atveju, jeigu jis būtų paklusęs teisei? Turbūt žmonės turi moralinę privilegiją atsisakyti daryti bloga, net kai žino, jog dėl šio jų atsisakymo bus padaryta daugiau blogio. Iš tiesų ši galimybė dabar plačiai diskutuojama moralės filosofijoje.

Dabar pažvelkime – vis dar turėdami omenyje pirmąjį iš mūsų dviejų pagrindinių klausimų – į teisingumu grindžiamą nepaklusnumą, tokį kaip pilietinių teisių sąjūdžio praktikuotasis bei daugelis pilietinių protestų, nukreiptų prieš karą Vietname. Kada žmonės yra teisūs, pažeisdami teisę tam, kad išreikštų protestą prieš politines

programas, kurias jie laiko neteisingomis? Ir vėl turėtume pradėti pripažindami, kad pilietinis nepaklusnumas šiomis aplinkybėmis yra bent jau kartais pateisinamas. Tačiau mūsų sąlygos dabar bus daug griežtesnės. Mes, žinoma, nedarysime nuolaidų dėl sąlygos, kurią atmetėme principingumu grindžiamo nepaklusnumo atveju. Žmonės turi iki galo išnaudoti visas normalaus politinio proceso galimybes siekdami, kad programa, kuri jiems nepatinka, būtų atšaukta konstitucinėmis priemonėmis; jie privalo nepažeisti teisės, kol nepasiekia taško, kai šios normalios politinės priemonės nebeteikia vilties laimėti. Taip pat mes nenuolaidžiausime dėl tolesnės – pasekmių sąlygos, kurią sakiau esant problemišką principingumu grindžiamo nepaklusnumo atveju ir kuri dabar atrodo labai svarbi ir aiški. Tas, kuris pažeidęs teisę teisinasi „Bet aš tai darau tam, kad būtų atšaukta nemorali politinė nuostata", neturi jokio gero atsakymo į prieštaravimą „Tuo, ką darai, tu paprasčiausiai remi tą politinę nuostatą".

Šios dvi tolesnės sąlygos atspindi svarbią perskyrą tarp pirmųjų dviejų nepaklusnumo tipų. Principingumu grindžiamas nepaklusnumas yra gynybinio pobūdžio: jo tikslas tėra tas, kad veikėjas nedarytų to, ką draudžia jo sąžinė. Teisingumu grindžiamas nepaklusnumas yra kitoks: jis yra instrumentinis ir strateginis ir siekia visa apimančio tikslo – sužlugdyti nemoralią politinę programą. Taigi mūsų teorijoje, aiškinančioje pastarąjį nepaklusnumą, figūruos tokie išpūsti patikslinimai, kurie yra nederami bet kokioje pirmojo nepaklusnumo teorijoje. Be to, tampa neišvengiama nauja perskyra. Teisingumu pagrįstas nepaklusnumas galėtų naudoti dvi pagrindines strategijas, kad pasiektų savo politinių tikslų. Pirmąją strategiją galėtume pavadinti įtikinamąja strategija. Ji tikisi priversti daugumą išklausyti argumentus prieš jos programą, puoselėdama lūkestį, jog tuomet dauguma pakeis savo nuomonę ir nebepalaikys tos programos. O antroji strategija yra neįtikinamoji. Ji siekia ne pakeisti daugumos nuomonę, o padidinti tos programos, kurią dauguma toliau remia, įgyvendinimo kainą, vildamasi, jog daugumai naujoji kaina atrodys nepriimtinai didelė. Esama daug skirtingų neįtikinamosios strategijos formų – daug skirtingų būdų pakelti kainą, ir kai kurios iš jų yra patrauklesnės

negu kitos, kai yra įmanomos. Pavyzdžiui, mažuma gali pakelti kainą, priversdama daugumą arba atsisakyti programos, arba įkalinti visą mažumą. Jeigu daugumos simpatijos yra įprastos dorų žmonių simpatijos, ši neįtikinamoji strategija gali būti efektyvi. Kitas kraštutinumas yra neįtikinamosios strategijos panaudojant bauginimą kurstant baimes ir gąsdinant, o tarp šių kraštutinumų yra strategijos, besiremiančios nepatogumų ir finansinių nuostolių kūrimu: trikdant eismą arba blokuojant importą, arba neleidžiant oficialioms žinyboms ar departamentams efektyviai funkcionuoti arba jiems iš viso neleidžiant funkcionuoti.

Akivaizdu, kad įtikinamosios strategijos pagerina teisingumu grindžiamo nepaklusnumo pateisinimą. Tačiau jos tai padaro tik tuomet, kai sąlygos yra palankios jų sėkmei. Sąlygos buvo išties palankios pilietinių teisių judėjimui Jungtinėse Valstijose 7-ame dešimtmetyje. Amerikos politikos diskursas daugelį dešimtmečių iki tol buvo sklidinas lygybės retorikos, o Antrasis pasaulinis karas buvo paaštrinęs rasinio persekiojimo neteisingumo suvokimą bendruomenėje. Aš neneigiu, jog toje retorikoje ir tariamame įsipareigojime būta ir tebėra daug veidmainiškumo. Tačiau pats veidmainiškumas teikia svertą įtikinimo strategijoms. Dauguma, net Pietuose, turėjo raudonuoti, kai buvo priversta perskaityti savo pačios įstatymus. Politinė dauguma neturėjo galimybės sakyti: „Taip, mes darome būtent tai. Vieno bendruomenės sluoksnio žmones traktuojame kaip prastesnius už mus". Ir ramia sąžine nusigręžti. Pilietinis nepaklusnumas kiekvieną privertė pažvelgti į tai, ko dauguma – dėl įvairių priežasčių – nebegalėjo ignoruoti. Taigi nuostatos pakito, ir ryškiausias permainos įrodymas – tai, jog mūšiui įpusėjus, teisė, buvęs priešas, tapo sąjūdžio sąjungininke.

Tačiau kartais įtikinamosios strategijos nežada jokios didelės sėkmės perspektyvos, nes sąlygų nepavadinsi palankiomis, kaip (galbūt) yra Pietų Afrikoje. Kada – jei išvis kada nors – teisingumu grindžiamo nepaklusnumo atveju yra pateisinamos neįtikinamosios strategijos? Manau, pernelyg griežta būtų sakyti, jog jos niekuomet nėra pateisinamos. Geresnis atrodo štai koks pakankamai atsargus teiginys. Jei kas nors mano, jog tam tikra oficiali programa yra didžiai

neteisinga, ir jeigu politinis procesas neteikia jokios realistinės vilties, jog ta programa artimiausiu metu galėtų būti atšaukta, ir jeigu nesama efektyvaus įtikinamojo pilietinio nepaklusnumo galimybės, ir jeigu esama galimybės pasitelkti neprievartinius neįtikinamuosius metodus, kurie leidžia tikėtis sėkmės, ir jeigu šie metodai negresia nepageidautinomis priešingomis pasekmėmis, tai tas asmuo, naudodamas tas neįtikinamąsias priemones, elgiasi teisingai, turint omenyje jo įsitikinimus. Šitai kai kuriems skaitytojams gali atrodyti kaip nepriimtinai silpna argumentacija; tačiau kiekvienas iš patikslinimų, kuriuos išvardijau, atrodo būtinas.

Galiausiai pereinu prie politine nuostata grindžiamo pilietinio nepaklusnumo: kai veikėjai siekia atšaukti politinę nuostatą dėl to, kad mano ją esant pavojingai neišmintingą. Jie mano, kad politinė nuostata, kuriai jie oponuoja, yra bloga kiekvienam, ne tik kokiai nors mažumai; jie mano žiną, kas atitinka daugumos interesą, ne tik koks yra jų pačių interesas, – žiną geriau negu pati dauguma. Galime ir vėl atskirti įtikinamąsias nuo neįtikinamųjų strategijų šiame naujame kontekste. Įtikinamosios strategijos siekia įtikinti daugumą, kad jos sprendimas – dėl jos tikrųjų interesų – yra neteisingas, taigi kad ji turi nebepalaikyti programos, kurią iki tol palaikė. Neįtikinamosios strategijos veikiau siekia padidinti kainą, kurią dauguma turi mokėti už programą, kurią ji ir toliau palaiko.

Perskyra tarp įtikinamųjų ir neįtikinamųjų strategijų politine nuostata grindžiamo nepaklusnumo atveju yra dar svarbesnė nei teisingumu grindžiamo nepaklusnumo atveju, nes atrodo problemiška manyti, jog neįtikinamosios strategijos kokiomis nors aplinkybėmis galėtų būti pateisintos darbinėje pirmojo nepaklusnumo teorijoje. Kad suprastume kodėl, turime pažymėti nuolatinę problemą, su kuria susiduria bet kokios formos pilietinis nepaklusnumas. Dauguma žmonių pripažįsta, kad demokratijai esminę reikšmę turi daugumos valdžios principas; turiu galvoje principą, jog kai teisė fiksuojama daugumos atstovų verdiktu, jai turi paklusti ir mažuma. Pilietinio nepaklusnumo – visų formų, kad ir kokias strategijas jis naudotų, – santykis su daugumos valdžia yra permainingas ir sudėtingas. Šio

principo jis neatmeta visiškai, kaip galėtų padaryti radikalus revoliucionierius; pilietiškai nepaklusnieji širdyje lieka demokratai. Tačiau nepaklusnumu reikalaujama kokio nors patikslinimo arba išimties, ir skirtingus nepaklusnumo tipus ir strategijas galėtume gretinti ir vertinti kompleksiškai, klausdami, kokios rūšies išimties reikalaujama kiekvienos iš tų rūšių nepaklusnumo atveju ir ar yra nuoseklu reikalauti tos išimties, tuo pat metu vis dėlto apskritai pretenduojant į lojalumą minėtam principui.

Įtikinamosios strategijos, nesvarbu, ar jos figūruoja teisingumu grindžiamame ar politine nuostata grindžiamame nepaklusnume, čia turi aiškų pranašumą. Akivaizdu, jog tas, kurio tikslas yra įtikinti daugumą pakeisti nuomonę, pripažinus argumentus, kurie, jo įsitikinimu, yra protingi argumentai, nenušalina daugumos valdžios principo jokiu fundamentaliu būdu. Jis pripažįsta, jog galiausiai daugumos valia turi būti vykdoma, tik reikalauja, kaip šio principo patikslinimo ar papildymo, kad dauguma būtų priversta svarstyti argumentus, kurie galėtų ją priversti pakeisti savo nuostatas, net kai iš pradžių ji atrodo nelinkusi to daryti. Neįtikinamosios strategijos neturi tokio gero paaiškinimo, štai kodėl, ypač demokratijoje, jos moraliniu požiūriu visuomet yra prastesnės. Tačiau kai neįtikinamosios strategijos naudojamos – palenkiant jas sąlygoms, kurias išvardijau, – teisingumu grindžiamo nepaklusnumo atveju, jos gali bent apeliuoti į nusistovėjusią ir puikiai suprantamą daugumos valdžios principo išimtį, ne tik Jungtinėse Valstijose, bet ir Vokietijoje, taip pat daugelyje kitų šalių. Turiu galvoje išimtį, pramanytą konstitucinės teisėjų galios daugumos atstovų aktus skelbti niekiniais, kai, teisėjų požiūriu, šie sprendimai pamina teisingumo principus, įtvirtintus Konstitucijoje. Ta galia numato, jog dauguma neturi teisės veikti neteisiškai, piktnaudžiauti turima galia tenkinant savo pačios interesus mažumos interesų kaina. Aš neteigiu, jog teisminė peržiūra, vykdoma konstitucinio teismo, yra savotiška neįtikinamoji pilietinio nepaklusnumo rūšis. Aš tik teigiu, jog teisminė peržiūra yra grindžiama daugumos valdžios principo patikslinimu – tuo, jog dauguma gali būti verčiama būti teisinga prieš savo valią, – į kurį neįtikinamosios strategijos

taip pat galėtų apeliuoti, kad paaiškintų, kuo jų iššūkis daugumos valdžiai skiriasi nuo visiško jos atmetimo.

Politine nuostata grindžiamas nepaklusnumas negali pasitelkti tokios apeliacijos, nes nusistovėjęs patikslinimas, kurį ką tik įvardijau, politinės nuostatos dalykams negalioja. Kai pripažįstama, jog mums rūpi tik visuotinis interesas – kad joks daugumos ar mažumos atskirų interesų klausimas nekyla, – įprastos priežasties varžyti daugumą nebelieka, o į jos vietą pretenduoja tik labai abejotini kandidatai. Tas, kuris viliasi ne įtikinti daugumą pripažinti jo požiūrį, privertus ją įsiklausyti į jo argumentus, o veikiau padaryti taip, kad už savo politinį kursą ji mokėtų tokią didelę kainą, kad kapituliuotų be įtikinėjimo, turi apeliuoti į kokią nors elitizmo ar paternalizmo formą, kad pateisintų tai, ką daro. O bet kokia šios formos apeliacija išties atrodo kertanti per pačias daugumos valdžios principo šaknis, atakuojanti jos pamatus, o ne tik reikalaujanti šį principą išplėtoti ar patikslinti. Jeigu tas principas ką nors reiškia, jis reiškia tai, jog dauguma, o ne kokia nors mažuma, galiausiai turi turėti galią spręsti, kas atitinka visuotinį interesą.

Taigi atrodo itin neįtikėtina, kad neįtikinamosios priemonės, naudojamos politine nuostata grindžiamo nepaklusnumo atveju, bus pateisintos kokioje nors bendroje darbinėje teorijoje. Anksčiau sakiau, jog dauguma tų, kurie sėdėjo draudžiamose vietose bei įsibraudavo į uždaras teritorijas protestuodami prieš branduolinių raketų dislokavimą Europoje, turi motyvų, dėl kurių jų nepaklusnumas yra politine nuostata pagrįstas nepaklusnumas. Todėl svarbu apsvarstyti, ar jie gali savo naudojamas priemones įtikinamai laikyti įtikinamosiomis, o šitai savo ruožtu priklauso nuo to, ar esama pakankamai palankių sąlygų įtikinamosios strategijos sėkmei. Kontrastiškas pilietinių teisių sąjūdžio ir protesto prieš branduolinį ginklavimąsi sugretinimas šiuo atžvilgiu yra pakankamai iškalbus. Jau ankstyvuoju pilietinių teisių sąjūdžio etapu buvo akivaizdu, jog sėdėjimas draudžiamoje vietoje ir kiti nepaklusnumo metodai turi įtikinamąją galią, mat buvo aišku, kad rūpimasis klausimas yra teisinis klausimas ir kad sąjūdžio pusėje – ir retorikos tradicija, ne tik teisingumas. Tereikėjo priversti tai matyti

pakankamai didelį skaičių žmonių, kuriems būtų gėda nusigręžti. Tuo tarpu politinės nuostatos klausimai, glūdėję branduolinės kontroversijos gelmėje, priešingai – yra itin sudėtingi. Pavyzdžiui, aišku, jog nėra akivaizdu ar labiau tikėtina, kad raketų dislokavimas Europoje atgrasins, ar kad išprovokuos agresiją, arba netgi tai, kokios rūšies argumentas būtų geras argumentas ginant vieną arba kitą iš šių pažiūrų. Šiomis aplinkybėmis sunku įžvelgti, kaip nelegalūs aktai galėtų nuskaidrinti diskusiją arba suintensyvinti debatus. Priešingai, atrodo labiau tikėtina, jog dėl tokių aktų plačioji visuomenė ims kreipti *mažiau* dėmesio į sudėtingus klausimus, kuriais turi būti paremtas bet koks protingas požiūris, mat jie manys turį mažų mažiausiai vieną paprastą ir lengvai suprantamą priežastį laikytis politinės nuostatos, kurią patvirtino jos lyderiai: tą, jog bet kokia tos politinės nuostatos permaina reikštų pasidavimą pilietiniam šantažui.

Jeigu taip sakyti teisinga, tai tie, kurie dabar remia ribų pažeidinėjimo ir kitus nelegalius aktus kaip protestą prieš branduolinę politiką, privalo – jeigu yra sąžiningi – pripažinti, kad jie turi galvoje neįtikinamąją strategiją. Jie siekia padidinti politinio kurso, kuris, jų įsitikinimu, yra tragiška klaida, kainą, padaryti tą kainą tokią didelę, kad dauguma kapituliuotų, nors tai ir reikštų pasiduoti mažumos prievartai. Taigi jie turi imtis klausimo, kuris, kaip sakiau, yra didžiai problemiškas, – ar stipri darbinė teorija galėtų pateisinti šios rūšies nepaklusnumą. Gal bus pravartu apsvarstyti, ar neįtikinamąsias priemones manytume esant deramas kaip nepaklusnumo aktus protestuojant prieš kitas, su branduoliniais ginklais nesusijusias politines nuostatas, kurių diegimą daugelis žmonių laiko šiurkščia klaida. Ar būtų pateisinamas neįtikinamasis nepaklusnumas blogai ekonominei nuostatai? Jungtinių Valstijų ir Britanijos vyriausybės dabar laikosi ekonominių politinių nuostatų, kurios, mano įsitikinimu, yra neišmintingos, nes turės neigiamą poveikį bendrajam interesui ir ilgalaikėje, ne tik trumpalaikėje perspektyvoje. Be to, manau, jog iš tiesų šios ekonominės politinės nuostatos yra ir neteisingos; net jeigu jos atitiktų svarbiausius daugumos interesus, vis tiek būtų neteisingos mažumai, kuri turi teisių tos daugumos atžvilgiu. Tačiau aš noriu čia plėtojamo argumento sumeti-

mais atidėti į šalį šį tolesnį teiginį apie neteisingumą ir tik tarti, jog daugelis žmonių, tokių kaip aš, monetarinę politiką mano esant blogą bet kurio asmens požiūriu. Ar tai, jog mes buvome tokios nuomonės, pateisintų nelegalius aktus, kurių siekis yra priversti mokėti tokią didelę kainą – sukeliant nepatogumų ir nesaugumą, – kad dauguma atsisakytų savo ekonominio politinio kurso, nors ir liktų įsitikinusi, jog tai buvo geriausia politinė nuostata?

Manau, atsakymas yra – ne. Tačiau, žinoma, pražūtingos branduolinio ginklavimosi strategijos keliami pavojai yra nepalyginti didesni negu tie, kuriuos kelia klaidinga ekonominė politinė nuostata. Ar dėl to, kad tiek daug pastatyta ant kortos, analogija sugriūna? Jürgenas Habermasas yra teigęs, jog politiniam legitimumui kyla grėsmė, kai priimami sprendimai, sukelsiantys dramatiškų padarinių, nors sprendimą remia tik minimali ar nežymi balsų dauguma.[78] Ar galime pateisinti neįtikinamąjį pilietinį nepaklusnumą, nukreiptą prieš sprendimą pritarti raketų dislokavimui, apeliuodami į šį principą? Akivaizdu, kad tai sunku. Mat būtent šis principas teiktų argumentų ir prieš valdžios sprendimą *ne*dislokuoti raketų. Tai lygiai taip pat būtų sprendimas – kaip ir sprendimas jas įsileisti, ir naujausios apklausos rodo, kad jis nepatrauktų ir paprastos daugumos, juo labiau – didelės daugumos, kurios reikalautų Habermaso principas. Žodžiu, dabartinė kontroversija yra simetriška tokiu būdu, kuris pakerta jo principo vertę. Tie, kurie priešinasi raketoms, mano, kad jų dislokavimas padarys nepataisomą žalą, nes jis kelia grėsmę pačiai bendruomenės egzistencijai. Tačiau būtent taip žmonės kitoje pusėje – o mes tariame, kad šių yra šiek tiek daugiau, – galvotų apie sprendimą nedislokuoti raketų. Jie mano, kad toks sprendimas padarytų branduolinį karą daug tikėtinesnį ir sukeltų grėsmę bendruomenės egzistavimui. Taigi jokia vyriausybė, pritardama raketų dislokavimui, nepažeidžia jokio legitimumo principo, kurio ji nebūtų pažeidusi jų nepriimdama.

Negalime dogmatiškai teigti, kad nebus surastas joks geresnis, nei aš pajėgiau suformuluoti, argumentas už pilietinį nepaklusnumą šiomis aplinkybėmis. Būtų pateisinama tik silpnesnė išvada, kad tiems,

kurie gina šią nepaklusnumo formą, dabar tenka atsakomybė įrodyti, kaip tą nepaklusnumą galėtų pripažinti darbinė teorija. Jie galėtų sakyti, jog šis iššūkis nesvarbus; jog delikatūs klausimai dėl to, kokius pateisinimus galėtų pripažinti visos ginčo pusės, atrodo trivialūs pasauliui gresiančios pražūties akivaizdoje. Šioje nekantroje, be abejo, esama išminties, kurios aš neketinu neigti. Tačiau jei mes nebetęsiame šios esė projekto, jei teisumą to, ką darome, paverčiame visiškai priklausomą nuo protingumo to, ką manome, mes negalime tikėtis pagarbos ar palankumo iš tų, kurie mano, jog tai mes esame naivūs ir kvaili.

Iki šiol kalbėjau tik apie pirmąjį iš dviejų pagrindinių klausimų, kuriuos išskyriau pradžioje. Kada žmonės, kurie priešinasi politiniam sprendimui, turint omenyje jų įsitikinimus, nusižengdami teisei elgiasi teisingai? Apie antrąjį klausimą kalbėsiu trumpiau. Tarkime, kad mus tenkina išvada, prieita pirmojo klausimo svarstyme, jog kas nors pasielgė teisingai, turint omenyje jo įsitikinimus, pasielgdamas neteisėtai. Kaip valdžia privalėtų reaguoti į tai, ką jis padarė? Turėtume išvengti dviejų šiurkščių klaidų. Negalime sakyti, jog jeigu asmuo yra teisus – turint omenyje tai, ką jis mano,– pažeisdamas teisę, valdžia tokiu atveju privalo niekuomet jo nebausti. Nėra jokio prieštaravimo, – o dažnai tai labai įtikinama, – kai nusprendžiama, jog asmuo turėtų būti baudžiamas, nepaisant to, kad jis padarė būtent tai, ką mes, jeigu laikytumėmės jo įsitikinimų, būtume darę ir būtume turėję daryti. Tačiau priešinga klaida yra lygiai tokia pat bloga. Neturėtume sakyti, jog jeigu asmuo pažeidė įstatymą, kad ir dėl kokios priežasties ir kad ir kokie gerbtini būtų jo motyvai, jis visuomet privalo būti baudžiamas, nes įstatymas yra įstatymas. Teisininkai, net patys konservatyviausi, jau retai kada kartoja šią neturiningą maksimą, nes žino, kad daugumoje šalių žmonės, kuriuos žinoma padarius nusikaltimą, kartais – ir nenusižengiant deramumui – nėra teisiškai persekiojami. Prokuroro diskrecijos idėja – diskrecijos, galiojančios plačiam nusikaltimų spektrui ir jautrios pačioms įvairiausioms priežastims, leidžiančioms netaikyti teisminio persekiojimo, – yra modernios teisės teorijos konstanta.

Kada valdžia turėtų susiturėti? Utilitarizmas gali būti vargana bendroji teisingumo teorija, tačiau jis puikiai išsako vieną būtiną sąlygą, taikytiną teisingam baudimui. Niekas jokiomis aplinkybėmis neturėtų būti baudžiamas tuo atveju, jeigu jo baudimas neduos ko nors gera bendru mastu ilgalaikėje perspektyvoje, į viską atsižvelgiant. Aišku, jog tai nėra pakankama sąlyga bausti. Tačiau tai – būtina sąlyga, ir kartais ji smerks sprendimą teisiškai persekioti pilietinį nepaklusnumą. Manau, jog, pavyzdžiui, vokiečių policija buvo teisi nusprendusi ignoruoti neteisėtus protesto aktus Mitlangene. Jei būtų areštavusi ir taikiusi teisinį persekiojimą pažeidėjams, ji greičiausiai būtų padariusi daugiau žalos nei gero.

Kai atmetame šiuos du šiurkščius ir klaidingus teiginius, – kad visuomet yra neteisinga persekioti ir kad visuomet teisinga tai daryti, – susiduriame su sunkesniu klausimu. Tarkime, jog to, kuris pažeidė teisę vadovaudamasis sąžine, nubaudimas duotų kokios nors naudos; tarkime, tai atgrasytų panašius aktus ir šitaip gyvenimą padarytų ramesnį ir našesnį daugumai. Ar negalėtų vis tiek būti derama jo nebausti – paprasčiausiai dėl to, kad jo motyvai buvo geresni nei kitų nusikaltėlių motyvai? Ši prielaida daugeliui žmonių skamba kaip elitizmas. Tačiau kai mes atsakome į savo pirmąjį klausimą pripažindami, kad asmuo pažeisdamas teisę elgiasi deramai, turint omenyje jo įsitikinimą, jog įstatymas yra neteisingas, atrodo nenuoseklu šito nepripažinti ir kaip priežasties, kurios prokurorai gali ir turėtų paisyti spręsdami, ar taikyti teisminį persekiojimą, net kai utilitarinis kriterijus yra išlaikomas.[79] Ir kaip priežasties atlaidžiau bausti asmenį, kuris buvo teisiamas ir nuteistas. Kitaip tariant, tai priežastis, kuri gali deramai figūruoti balanse drauge su konkuruojančiais utilitariniais motyvais, skatinančiais bausti. Šie konkuruojantys motyvai gali būti labai stiprūs, ir tuo atveju jie nusvers tai, jog kaltinamasis veikė vadovaudamasis sąžine. Štai kodėl nueitume per toli, jei sakytume, jog žmonės, kurie elgiasi teisingai, turint omenyje jų įsitikinimus, niekuomet neturėtų būti baudžiami už tai, kad taip daro.

Liko pasakyti du paskutinius dalykus. Pirmasis yra ką tik apsvarstyto klausimo veidrodinis atspindys. Ar žmonės, kurie veikia vedami

pilietinio nepaklusnumo motyvų, turėtų prašytis ar netgi reikalauti būti nubausti? Mano paties požiūris yra labai paprastas. Aš manau, jog Sokratas buvo neteisus manydamas, jog pilietinis nepaklusnumas yra nevisiškas, kokia nors prasme netikras, be bausmės, veikėjui neprisistačius ir nepasakius: „Aš pažeidžiau mūsų bendruomenės teisę: nubauskite mane". Suprantu šios pažiūros apeliaciją, dramatišką apeliaciją, tačiau man ji atrodo klaidinga ir pagrįsta paniava. Pirmiausia ji negali būti protinga, kai svarstome principingumu grindžiamą nepaklusnumą. Tas, kuris atsisakė talkinti vergų gaudytojams arba kariauti kare, kurį mano esant nemoralų, savo tikslui geriausiai tarnauja tuomet, kai jo aktas yra nepastebimas ir niekuomet neatskleidžiamas. Bausmė, žinoma, gali būti strategijos dalis, kai nepaklusnumas grindžiamas teisingumu arba politine nuostata. Pavyzdžiui, kas nors galėtų norėti būti baudžiamas, nes laikosi mano minėtos neįtikinamosios strategijos – priversdamas bendruomenę suvokti, kad ji turės įkalinti tokius žmones kaip jis, jeigu nori toliau vykdyti politinį kursą, kurį jis mano esant neteisingą. Tačiau šio instrumentinio argumento už baudimo pripažinimą neturėtume painioti su jokiu moraliniu ar konceptualiniu nuolankumo reikalavimu bausmės akivaizdoje. Jeigu pilietinio nepaklusnumo aktas gali pasiekti savo tikslą išvengdamas bausmės, tai šitai, apskritai imant, yra geriau visiems toje situacijoje.

Mano paskutinė mintis yra svarbus visos argumentacijos patikslinimas. Šioje esė iki šiol laikiausi prielaidos, jog aktai, kuriuos mes visi turėjome galvoje kaip pilietinio nepaklusnumo aktus, iš tiesų yra, deramai suprantant, rūpimos jurisdikcijos teisės pažeidimai. Tačiau gali pasirodyti, jog taikant sudėtingesnę pažiūrą į tą teisę, jie nėra tokie pažeidimai. Habermasas ir kiti pabrėžia legalumo ir legitimumo santykio dviprasmybę, nurodydami, kaip legalumas ir legitimumas gali būti priešingos idėjos. Jungtinėse Valstijose ir Vokietijoje, kurių konstitucijos pripažįsta abstrakčias politines teises kaip sykiu juridines teises, neišvengiamai egzistuos tolesnė dviprasmybės sritis, kuriama klausimų dėl to, kas yra teisė. Prieš keletą metų teigiau, kad Jungtinių Valstijų Konstitucija, deramai suprantant, iš tikrųjų gali

sankcionuoti aktus, kurie tuomet apskritai buvo traktuojami kaip teisę pažeidžiantys aktai.[80] Nenustebčiau, jeigu dabar būtų išsakomi tokio paties pobūdžio argumentai apie vokiečių teisę, ir žinau, jog šios šalies konstitucinės teisės specialistai yra svarstę tokią galimybę. Tačiau iš to nieko gero neišeis, jei, pristigę apdairumo, nepažymėsime dar vienos, paskutinės perskyros, dažnai išleidžiamos iš akių teisės teorijoje.

Turime nuspręsti, ar šis argumentas - kad aktai, laikomi pilietinio nepaklusnumo aktais, iš tikrųjų yra ginami Konstitucijos, – yra vis tiek įmanomas ir tuomet, kai teismai nusprendžia, jog šie aktai, jų požiūriu, nėra tuo būdu ginami. Pernelyg gerai žinome aforizmą, kad teisė yra tokia, kokią ją esant sako teismai. Tačiau šitai gali reikšti du labai skirtingus dalykus. Tai galėtų reikšti, jog teismai visuomet yra teisūs aiškindami, kokia yra teisė, jog jų sprendimai sukuria teisę, tad kai teismai pateikia tam tikrą Konstitucijos interpretaciją, tai būtinai yra teisingas būdas ją interpretuoti ir ateityje. Arba tai gali paprasčiausiai reikšti, kad teismų sprendimams, bent jau bendru mastu, privalome paklusti dėl praktinių priežasčių, nors ir pasiliekame sau teisę tvirtinti, jog teisė nėra tokia, kokią jie sakė ją esant. Pirmoji pažiūra yra teisinio pozityvizmo pažiūra. Manau, jog ji yra neteisinga ir galiausiai giliai priešiška įstatymo ir teisės viešpatavimo idėjai. Argumentas, kurio imtis raginu vokiečių teisėjus, – jog teisė, deramai suprantant, gali remti tai, ką vadiname pilietiniu nepaklusnumu, – gali būti veiksmingas argumentas tik tuomet, kai atmetame šį pozityvizmo aspektą ir tvirtiname, jog nors teismams gali tekti galutinis žodis bet kokioje konkrečioje byloje dėl to, kokia yra teisė, galutinis žodis nėra vien tik dėl šios priežasties teisingas žodis.

ANTRA DALIS

TEISĖ KAIP INTERPRETACIJA

5. Ar tikrai sunkiosiose bylose negalimas teisingas atsakymas?*

KOKS KLAUSIMAS?

Kada nėra teisingo atsakymo į teisės klausimą? Tarkime, jog legislatūra išleido įstatymą, nustatantį, jog „šventvagiškos (*sacrilegious*) sutartys nuo šiol neturi galios". Bendruomenė nesutaria, ar sutartis, pasirašyta sekmadienį, yra vien dėl šios priežasties šventvagiška. Yra žinoma, jog tik labai nedaugelis iš įstatymų leidėjų turėjo tą klausimą omenyje, kai balsavo, ir kad dabar jie lygiai taip pat nesutaria, ar jis turi būti taip interpretuojamas. Tomas ir Timas sekmadienį sudarė sutartį, ir Tomas dabar padavė ieškinį prieš Timą, reikalaudamas laikytis sutarties, kurios teisėtumą Timas ginčija, sąlygų. Ar sakysime, jog teisėjas privalo ieškoti teisingo atsakymo į klausimą, ar Tomo pasirašyta sutartis yra teisėta, nors bendruomenė ir yra giliai susiskaldžiusi dėl to, koks gi yra teisingas atsakymas? Ar daug realistiškiau yra sakyti, jog į tą klausimą paprasčiausiai nėra teisingo atsakymo?

Tai centrinis itin gausių ginčų dėl to, kokia yra teisė, klausimas. Dėl jo buvo diskutuojama su įvairiomis antraštėmis, įskaitant klausimą, ar teisėjai visuomet turi diskreciją sunkiosiose bylose ir ar esama to, ką kai kurie teisės filosofai vadina teisės „spragomis". Dabar noriu apginti nepopuliarią pažiūrą – jog ką tik aprašytomis aplinkybėmis Tomo sutarties klausimas tikrai gali turėti teisingą atsakymą, – nuo tam tikrų argumentų, kuriais jos oponentai – suvokdami ar ne – remiasi. Taip pat pamėginsiu parodyti, kokia prasmė glūdi tezėje, jog teisingo atsakymo nesama, ir kodėl atvejai, kai teisinis klausimas neturi teisingo atsakymo, mūsiškėje teisinėje siste-

* Pastaba. Pirmą kartą paskelbta žurnale *New York University Law Review*, 53, no. 1 (April 1978). © Ronald Dworkin.

moje gali būti daug retesni nei paprastai manoma. Tačiau pradžioje tvirtinsiu, jog šis klausimas reikalauja paaiškinimo, pašalinsiančio problemišką dviprasmiškumą.

Tam tikros teisinės sampratos, tokios kaip teisėtos sutarties, piliečio teisinės atsakomybės ir nusikaltimo, turi štai kokią charakteristiką: jeigu samprata galioja tam tikroje konkrečioje situacijoje, tai teisėjai turi pareigą, bent jau *prima facie,* tam tikrą teisinę pretenziją išspręsti vienos alternatyvos naudai; tačiau jeigu samprata negalioja, teisėjai turi pareigą, bent jau *prima facie,* tą pačią pretenziją išspręsti priešingos alternatyvos naudai. Tokias sampratas vadinsiu „dispozicinėmis" (*dispositive*) sampratomis. Teisininkai atrodo turį galvoje – sprendžiant iš to, kaip jie kalba ir argumentuoja – tai, ką galėtume pavadinti „bivalentiškumo teze" apie dispozicines sampratas: t. y. tezę, jog kiekvienu iš atvejų turi būti teisingas *arba* pozityvus teiginys, jog atvejis patenka į dispozicinę sampratą, *arba* priešingas teiginys – jog jis nepatenka į ją, net jeigu yra kontroversiška, katras yra teisingas. Pavyzdžiui, teisininkai atrodo tarią, jog apsikeitimas pažadais reiškia teisėtą sutartį arba jos nereiškia. Jeigu jis ją reiškia, tai teisėjai turi bent jau *prima facie* pareigą pripažinti galią šiems pažadams, jeigu to pareikalaujama pagal jų jurisdikciją; tačiau jeigu jis jos nereiškia, tai jie turi bent jau *prima facie* pareigą to nedaryti remdamiesi sutarties teisės pagrindais. Teisininkai atrodo tarią, jog konkretus žmogus yra arba atsakingas prieš teisę dėl žalos, kurią jo aktas padarė, arba nėra atsakingas; jeigu jam galioja teisinė atsakomybė, tai teisėjai turi pareigą pareikalauti iš jo mokėti kompensaciją, tačiau jeigu jam tokia atsakomybė negalioja, tai jie turi pareigą šito nereikalauti. Jie atrodo tarią, jog tam tikras elgesio epizodas, turint omenyje intenciją ir aplinkybes, arba reiškia nusikaltimą, arba ne; jeigu jis reiškia nusikaltimą, o veikėjas negali apsiginti jokiais kitais pagrindais, tai teisėjas (arba prisiekusysis), turi pareigą paskelbti jį kaltu; tačiau jeigu – ne, tai teisėjas (arba prisiekusysis) turi pareigą skelbti jį nekaltą.

Jeigu tiesa, jog apsikeitimas pažadais arba reiškia teisėtą sutartį, arba jos nereiškia ir kad asmeniui, prieš kurį paduodamas ieškinys

pagal delikto teisę, arba galioja, arba negalioja teisinė atsakomybė dėl žalos, ir kad asmuo, apkaltintas nusikaltimu, arba yra, arba nėra kaltas, tai bent jau kiekvienu iš tų atvejų, kai šie klausimai yra dispoziciniai, bus galimas teisingas atsakymas. Žinoma, gali būti neaišku ir kontroversiška, koks yra tas teisingas atsakymas, lygiai kaip yra netikra ir kontroversiška, ar Ričardas III nužudė princą. Iš to netikrumo nebūtų galima daryti išvados, jog nesama teisingo atsakymo į teisinį klausimą, lygiai kaip neatrodo galima iš netikrumo dėl Ričardo daryti išvadą, jog nesama teisingo atsakymo į klausimą, ar jis nužudė princą. Tačiau ar iš tiesų apsikeitimas pažadais visuomet arba reiškia teisėtą sutartį, arba jos nereiškia, arba – ar asmeniui, prieš kurį paduotas ieškinys pagal delikto teisę, visuomet arba galioja teisinė atsakomybė, arba ne, arba – ar jis arba kaltas, arba nekaltas dėl nusikaltimo?

Dabar galiu nusakyti dviprasmybę, glūdinčią tezėje, jog kai kuriais atvejais teisės klausimas neturi teisingo atsakymo. Galime išskirti dvi tos tezės versijas. Abi versijos neigia, jog svarbioms dispozicinėms sampratoms galioja bivalentiškumo tezė. Jos neigia, jog apsikeitimas pažadais visuomet arba reiškia teisėtą sutartį, arba jos nereiškia (ir kad atsakovui visuomet arba galioja teisinė atsakomybė pagal delikto teisę, arba ne – ir taip toliau). Tačiau jos skiriasi pobūdžiu to argumento, kurį kiekviena teikia. Pirmoji versija teigia, jog ką tik aprašytasis paviršinis kalbinis teisininkų elgesys yra klaidinamas, nes jis iškelia prielaidą, jog tarp teiginio, jog sutartis yra teisėta, ir teiginio, jog ji yra neteisėta, nesama loginės erdvės; kitaip tariant – dėl to, jog jis nenumato galimybės, kad abu šie teiginiai gali būti neteisingi. Tačiau iš tikrųjų, jeigu pažvelgiame giliau į reikalo esmę, konstatuojame, jog galėtų būti neteisingas tiek teiginys, jog sutartis yra teisėta, tiek ir teiginys, jog jis yra neteisėtas, galėtų būti neteisingas tiek teiginys, jog asmeniui galioja teisinė atsakomybė, tiek teiginys, jog jam negalioja teisinė atsakomybė už tam tikrą aktą, ir neteisinga tiek tai, jog tam tikras aktas reiškia nusikaltimą, tiek ir tai, kad jis jo nereiškia. Kiekvienu iš atvejų abu teiginiai gali būti neteisingi, nes kiekvienu iš atvejų jie neužpildo visos loginės erdvės, kurioje jie

randasi; kiekvienu iš atvejų esama trečios nepriklausomos galimybės, kuri užima erdvę tarp kitų dviejų. Pagal šią pirmąją tezės versiją klausimas „Ar Tomo sutartis yra teisėta ar neteisėta?“ daro klaidą, panašią į tą, kurią daro klausimas „Ar Tomas yra jaunas vyras ar senas vyras?“ Pastarasis klausimas gali neturėti teisingo atsakymo, nes jis ignoruoja trečią galimybę, būtent tą, jog Tomas yra vidutinio amžiaus vyras. Anot pirmosios versijos, minėtas teisinis klausimas taip pat ignoruoja trečią galimybę, būtent tą, jog apsikeitimas pažadais gali nereikšti nei teisėtos sutarties, – tokios, kad teisėjai turėtų pareigą pripažinti galią tam apsikeitimui, – nei neteisėtos sutarties, tokios, kad teisėjai turėtų pareigą nepripažinti jai galios, o reikšti kita – tai, ką būtų galima pavadinti, pavyzdžiui, „užuomazgine“ sutartimi.

Tuo tarpu antroji tezės, jog teisingo atsakymo nesama, versija nenumato, kad esama kokios nors loginės erdvės – šia prasme – tarp teiginių, jog sutartis yra teisėta ir – kad ji yra neteisėta, arba tarp teiginių, jog asmeniui galioja teisinė atsakomybė ir – kad ji jam negalioja, arba kad aktas yra nusikalstamas ir – kad jis nėra nusikalstamas. Ji nenumato, kad esama kokios nors trečios galimybės, tačiau vis tiek neigia, jog viena iš dviejų įmanomų galimybių visuomet galioja, nes gali nebūti tiesa, kad kuri nors iš jų galioja. Pagal šią antrąją tezės versiją klausimas „Ar Tomo sutartis yra teisėta ar ne?“ yra panašus į klausimą „Ar Tomas yra vidutinio amžiaus ar ne?“ Į pastarąjį klausimą gali nebūti teisingo atsakymo, jeigu Tomas yra tokio amžiaus, kuris yra ribinis tarp jaunystės ir vidutinio amžiaus, – ne dėl to, kad mes pripažįstame ir kitas amžiaus kategorijas – nei vidutinio amžiaus, nei ne-vidutinio amžiaus, bet dėl to, kad ties riba yra klaida sakyti apie asmenį, jog jis yra vidutinio amžiaus arba kad jis nėra vidutinio amžiaus.

Teikdamas šį palyginimą, nenoriu įteigti, jog antroji tezės versija turi daryti prielaidą, jog teisėtos sutarties, teisinės atsakomybės ir nusikaltimo sampratos yra miglotos kaip vidutinio amžiaus samprata. Nors, kaip pamatysime, kai kurie argumentai už antrąją versiją yra pagrįsti teiginiais apie miglotumą, kiti yra kitokio pobūdžio, kurį siūlo štai koks palyginimas. Kai kurie filosofai mano, jog nesama

teisingo atsakymo į klausimą, ar Charlesas buvo narsus, jeigu Charlesas yra miręs, o būdamas gyvas niekuomet nesusidūrė su jokiu pavojumi, – ne dėl to, kad „narsus" yra miglota sąvoka, bet dėl to, kad yra neteisinga sakyti, jog žmogus buvo narsus arba nenarsus, jeigu mes negalėtume turėti jokių įrodymų, reikšmingų klausimui, koks gi jis buvo – narsus ar ne.[81] Antrąją tezės versiją galima apginti – tai taip pat pamatysime, – tokiu būdu, kuris atrodo artimesnis šiam argumentui, o ne argumentui, grindžiamam miglotumu.

Skirtumą tarp pirmosios ir antrosios versijų tezės, jog teisingo atsakymo nesama, galime išreikšti formaliau. Apibrėžkime ($\sim p$) kaip loginį (p) neiginį, tuomet jeigu (p) yra klaidinga, ($\sim p$) yra teisinga, o jeigu ($\sim p$) yra klaidinga, (p) yra teisinga. Teiginį, kad Tomo sudaryta sutartis yra teisėta, tegu reprezentuoja „p", o teiginį, kad jo sutartis nėra teisėta, – „ne-p". Bivalentiškumo tezė suponuoja, jog klausimas dėl Tomo sutarties turi turėti teisingą atsakymą, net jeigu nesame tikri, koks jis yra, nes (ne-p) yra identiška ($\sim p$) ir arba (p) yra teisinga, arba ($\sim p$) yra teisinga, nes (p) arba ($\sim p$) būtinai yra teisinga. Abi tezės, jog teisingo atsakymo nesama, versijos sutinka, jog tai yra klaida, tačiau jos nesutaria, kokia tai klaida. Pirmoji versija teigia, jog (ne-p) nėra identiška ($\sim p$); (ne-p) reikėtų reprezentuoti kaip teiginį (r), kuris nėra loginis (p) neiginys. (Pasirinkdamas (r) šioje reprezentacijoje, nenoriu tvirtinti, kad pirmoji versija turi skelbti, jog (ne-p) yra nestruktūruota, o tik tai, kad ji nėra (p) neiginys.) Akivaizdu, jog ((p) *arba* (r)) nebūtinai yra teisinga; ji nenumato (q) galimybės, kuri nėra nei (p), nei (r), o kažkas tarpinio. Tuo tarpu antroji versija neneigia, jog (ne-p) yra identiška ($\sim p$); vietoj to ji skelbia, jog kai kuriais atvejais nei (p), nei ($\sim p$) nėra teisinga, t. y. kad kai kuriais atvejais bivalentiškumas negalioja.

Jeigu bet kuri iš tezės versijų yra teisinga, tai gali būti daug teisės bylų, kuriose būtų neteisinga sakyti, jog viena arba kita iš bylos šalių turi teisę į sprendimą, ir teisinga pripažinti, jog teisėjas gali laisvai pasirinkti vieną arba kitą alternatyvą. Tačiau esama štai kokio svarbaus skirtumo. Jeigu teisinga pirmoji versija, tai šią veiksmų laisvę numato teisė, nes teisė identifikuoja aplinkybes, kuriomis,

pavyzdžiui, apsikeitimas pažadais patenka į atskirą kategoriją, implikuojančią veiksmų laisvę. Tuo tarpu jeigu teisinga antroji versija, veiksmų laisvė kyla ne iš palankių sąlygų, o negatyviai: kadangi teisė nenustato nieko, net veiksmų laisvės, teisėjas turi savo nuožiūra daryti, ką gali.

PIRMOJI VERSIJA

Lengvai galime įsivaizduoti teisinę sistemą, kurioje, jei kas nors teigtų, jog visada esama teisingo atsakymo į klausimą, ar teisėjai turi pareigą pripažinti galią apsikeitimui pažadais arba nepripažinti jam galios, tai jis darytų klaidą, kylančią iš pirmosios versijos. Juk net mūsiškės teisės sąlygomis esama daug tokių sprendimo situacijų, kai teisėjo nesaisto pareiga priimti vienokį arba priešingą sprendimą. Šitaip yra, pavyzdžiui, tuomet, kai ieškovas reikalauja nenumatytos pertraukos kokią nors konkrečią dieną, o atsakovas prašo, kad tas reikalavimas būtų atmestas. Taip yra ir kai atsakovas yra teisiamas už nusikaltimą, už kurį įstatymas numato bausmę nuo trejų iki penkerių metų, ir prokurorai reikalauja maksimalios bausmės, o gynyba reikalauja minimalios bausmės. Pareigos samprata numato erdvę tarp teiginio, kad teisėjas turi pareigą nuspręsti vienos iš alternatyvų naudai, ir teiginio, kad jis turi pareigą nuspręsti kitos alternatyvos naudai; šią erdvę užima teiginys, jog jis neturi *pareigos* nuspręsti vienos arba kitos alternatyvos naudai, o veikiau turi laisvę arba, kaip teisininkai sako, „diskreciją“, nuspręsti vienaip arba kitaip.

Ši erdvė lengvai gali būti panaudota tokiai sutarties formai, kuri yra nei teisėta, nei neteisėta – ta prasme, kuria mes dabar vartojame šiuo terminus, – o užuomazginė. Teisė galėtų numatyti, pavyzdžiui, jog jeigu sutartį, šiaip nekeliančią prieštaravimų, sudaro du žmonės, iš kurių kiekvienas yra vyresnis nei dvidešimt vienerių metų, ji yra „teisėta“ ir teisėjai turi pareigą pripažinti jai galią; jeigu bet kuri iš šalių yra jaunesnė nei šešiolika metų, sutartis yra „neteisėta“ ir teisėjai turi pareigą nepripažinti jai galios; tačiau jeigu jaunesniosios iš šalių amžius – tarp šešiolikos ir dvidešimt vienerių metų, sutartis yra

„užuomazginė“, ir teisėjas turi laisvę pripažinti jai galią arba ne priklausomai nuo to, ar, į viską atsižvelgiant, jis mano, kad tai reikia padaryti. Panašiu būdu teisė galėtų nustatyti aplinkybes, kuriomis padariusiam žalą nei galioja, nei negalioja teisinė atsakomybė už tą žalą – kuriomis jis veikiau, kaip galėtume pasakyti, yra „potencialus atsakomybės subjektas“, arba aplinkybes, kuriomis tam tikras aktas yra nei nusikalstamas, nei nenusikalstamas, o gal veikiau „artimas nusikalstamam“. Tokioje teisinėje sistemoje, žinoma, būtų neteisinga teiginį „Tomo sutartis yra teisėta“ versti kaip „p“, o teiginį „Tomo sutartis yra neteisėta“ – kaip „$\sim p$“, taigi neteisinga apeliuoti į bivalentiškumo tezę turint tikslą tvirtinti, jog vienas iš tų teiginių turėtų būti teisingas.

Pirmoji tezės, jog teisingo atsakymo nesama, versija tvirtina, jog priešingai tam, kaip atrodo kalbą teisininkai, mūsiškė teisinė sistema iš tikrųjų yra tokia; t. y. – jog esama erdvės tarp kiekvienos dispozicinės sampratos ir jos tariamo neiginio, erdvės, kurią užima atskira samprata, tokia kaip užuomazginės sutarties samprata, nors mes išties neturime atskiro vardo tai ypatingai sutarčiai. Tačiau kokiu argumentu įmanoma pagrįsti šį teiginį? Tai semantinis teiginys apie teisinių sampratų reikšmę, todėl būtų natūralu jį paremti kokia nors apeliacija į lingvistinę praktiką, kuri yra lemiamos reikšmės. Tačiau kadangi teisininkai terminą „nėra teisėtas“ atrodo traktuoja kaip termino „teisėtas“ neiginį, „negalioja teisinė atsakomybė“ – kaip „galioja teisinė atsakomybė“ neiginį, „nėra nusikaltimas“ – kaip „yra nusikaltimas“ neiginį, argumentacija negali judėti tuo natūraliu keliu. Ji negali būti panaši į argumentą, jog terminas „senas žmogus“ nėra tikras termino „jaunas žmogus“ neiginys. Ta argumentacija gali rutuliotis tiesiog atkreipdama dėmesį į paplitusią lingvistinę praktiką arba – labiau tikėtina – paprasčiausiai primindama kalbėtojui, padariusiam klaidą, kaip jam, kaip kalbančiajam ta kalba, įprasta kalbėti. Kadangi teisinis argumentas negali plėtotis tuo tiesiu keliu, yra neaišku, kaip jis iš viso gali plėtotis.

Pavyzdžiui, būtų akivaizdžiai klaidinga teikti argumentus už pirmąją versiją taip: „Esama loginės erdvės tarp teiginio, jog teisėjas

turi pareigą pripažinti galią sutarčiai, ir teiginio, jog jis turi pareigą nepripažinti jai galios. Šią erdvę užima teiginys, jog jis yra laisvas pripažinti jai galią arba nepripažinti jai galios. Kadangi teiginio, jog sutartis yra teisėta, implikacija yra ta, jog teisėjas turi pareigą jai pripažinti galią, o teiginio, jog sutartis nėra teisėta, – ta, jog jis turi pareigą nepripažinti jai galios, vadinasi, turi būti panaši erdvė tarp šių dviejų teiginių apie sutartį, erdvė, kuri daro įmanomą teiginį, jog sutartis yra užuomazginė."

Tai būtų klaidingas argumentas, nes iš to, jog pareigos samprata turi – šia prasme – tris vertes, negalima daryti išvados, jog samprata, naudojama apibrėžti pareigą užtraukiantiems atvejams, taip pat turi būti trijų verčių. Pavyzdžiui, tenise teisėjai turi pareigą neįskaityti padavimo, jeigu kamuoliukas nukrenta aiškiai už aikštelės ribos, ir pareigą įskaityti padavimą, jei taip neatsitinka. Esama erdvės tarp teiginių, jog teisėjas turi pareigą neįskaityti padavimo ir kad jis turi pareigą įskaityti padavimą, tačiau tai nereiškia, jog esama erdvės tarp teiginių, jog kamuoliukas aiškiai nukrito už aikštelės ribų ir kad jis nenukrito už jos ribų. Dispozicinės sampratos yra naudojamos aprašyti oficialias pareigas užtraukiantiems atvejams, tačiau tai nereiškia, jog šios sampratos pačios turi turėti tokią pačią struktūrą kaip pareigos samprata.

Tačiau tas, kuris nori apginti pirmąją tezės versiją, bus teisus prieštaraudamas šiai analogijai. Jis teisingai sakys, jog teisėtos sutarties samprata ne paprasčiausiai aprašo faktines aplinkybes, kuriomis teisėjai išties turi tam tikrą pareigą. Mes galime nesunkiai įsivaizduoti, jog teniso normos pakeičiamos taip, kad, pavyzdžiui, teisėjas turės pareigą neįskaityti padavimo, jeigu kamuoliukas nukrenta ant aikštelės ribos linijos. Tačiau mes negalime įsivaizduoti tokio teisės normų pakeitimo, kad teisėjai nebeturėtų net *prima facie* pareigos pripažinti galią teisėtai sutarčiai; bet kuriuo atveju, jeigu toks pakeitimas ir būtų padarytas, mes iš tikrųjų turėtume sakyti, jog sutarties sąvoka pati yra radikaliai pasikeitusi. Juk mes tą sampratą (taip pat teisinės atsakomybės pagal deliktą ir nusikaltimo sampratas) naudojame ne tam, kad paprasčiausiai neutraliai praneštume, jog įvyko

tam tikri įvykiai, kuriuos galima palyginti su kamuoliuko nukritimu tam tikroje vietoje, bet kaip savarankišką argumentą, teigiantį, jog iš tų faktų kyla tam tikrų teisinių pasekmių, įskaitant oficialias pareigas.

Tačiau, nors tai, be abejonės, tiesa, neaišku, kokias pravarčias išvadas gali iš to padaryti pirmosios versijos gynėjas. Tarkime, jog jis žengia šiuo keliu toliau ir sako ne tiesiog, jog teiginiai apie sutartis visuomet teikia pagrindus teiginiams apie oficialią pareigą, bet kad tokių teiginių negalima atskirti nuo teiginių apie pareigą. Jis galėtų pasakyti, pavyzdžiui, jog tą patį dalyką reiškia pasakymas, jog sutartis yra teisėta, ir pasakymas, jog teisėjas turi pareigą pripažinti galią pažadams, kurie ją sudaro, taip pat jog tą patį reiškia pasakymas, kad ji yra neteisėta, ir pasakymas, kad jis turi pareigą šiems pažadams nepripažinti galios. Jeigu šios reikšmės tapatybės teisingos, tai pirmoji tezės versija kyla tiesioginės implikacijos keliu. Kadangi esama erdvės tarp tų dviejų teiginių apie teisėjų pareigą ir kadangi du teiginiai apie sutartis reiškia tą patį dalyką kaip teiginiai apie teisėjo pareigą, tai turi taip pat egzistuoti erdvė tarp pastarųjų dviejų teiginių.

Šis argumentas būtų nepriekaištingas, jeigu semantinė teorija, kuria jis pagrįstas, – ta, jog teisės teiginiai savo reikšme yra ekvivalentiški teiginiams apie oficialias pareigas, – atitiktų sveikos nuovokos reikalavimus. Tačiau ta teorija neatitinka sveikos nuovokos. Turi būti kokių nors skirtumų reikšmės atžvilgiu tarp teiginio, jog sutartis yra teisėta, ir teiginio, jog teisėjai turi pareigą pripažinti galią pažadams, kurie sudaro sutartis, nes pirmasis teiginys paprastai yra suprantamas kaip teikiąs argumentą antrajam, o ne vien kaip jo klausimą nustumiantis persakymas. Jeigu esama konceptualaus, o ne tik kontingentiško ryšio tarp dispozicinių sampratų ir juridinių teisių ir pareigų, tai esama ir konceptualaus, o ne tik kontingentiško ryšio tarp tų sampratų ir įvykių, apie kuriuos jos praneša, tipų. Jeigu teisininkas sako, jog jo klientas turi teisę laimėti ginčą, nes sutartis, į kurią jis apeliuoja savo ieškinyje, yra teisėta, arba dėl to, kad sutartis, į kurią apeliuoja prieš jį teikiamas ieškinys, yra neteisėta, jis nurodo savo pasirengimą teikti tam tikrų, o ne kitų rūšių argumentus, kad nurodytų faktus, susijusius su pasiūlymu, pripažinimu, kompetencija,

nelegalumu ar klaida, o ne kitų rūšių faktus savo kliento pretenzijai paremti. Tad semantinė teorija, kuri teiginius apie sutartis tiesiog išverčia į teiginius apie oficialias pareigas, užtemdo įdomų ir savarankišką dispozicinių sampratų vaidmenį teisiniame argumente. Šios sampratos užtikrina ypatingą sąsają tarp tam tikrų rūšių įvykių ir išvadinių teiginių apie teises ir pareigas, kurie yra teisingi, jeigu galima parodyti, jog šie įvykiai įvyko. Jos sykiu ir numato kriterijus išvadiniams teiginiams tikrinti, ir nustato, jog jeigu kriterijai, kuriuos jos skiria, nepatenkinami, tai vietoj ano galioja priešingas išvadinis kriterijus, o ne tik pirmojo neiginys. Sampratų, turinčių tokią funkciją teisinėje argumentacijoje, poreikis iškyla *dėl to, kad* teisės ir pareigos sampratos, kuriomis grindžiami išvadiniai teiginiai, yra struktūruotos, t. y. dėl to, kad esama erdvės tarp priešingų išvadinių teiginių. Ta funkcija yra neigimo, jog šitaip atsirandanti erdvė gali būti panaudota atmesti abu vienas kitam prieštaraujančius teiginius, funkcija. Dispozicinės sampratos yra pajėgios atlikti šią funkciją būtent dėl to, kad pirmoji tezės, jog teisingo atsakymo nesama, versija yra klaidinga; jeigu egzistuotų erdvė tarp teiginių, jog sutartis yra teisėta ir kad ji nėra teisėta, ta samprata negalėtų užverti erdvės, teikiamos teisės ir pareigos sampratų.

Korektiška analogija, anot šio aiškinimo, yra ne analogija tarp dispozicinių teisinių sampratų ir faktinių žaidimo įvykių, tokių kaip kamuoliuko nukritimas fizinio ploto viduje ar už jo ribų. Korektiška analogija yra analogija tarp šių sampratų ir dispozicinių sampratų, kurios žaidime atlieka tą pačią funkciją. Padavimo „taisyklingumo“ arba „netaisyklingumo“ samprata *tout court,* o ne tai, ar pažeistos fizinio ploto ribos, yra dispozicinė teniso samprata. Įvykiai, kurie padavimą daro „taisyklingą“, gali būti įvairūs, nelygu nubrėžti apribojimai, kaip būtų tuo atveju, jei normos pasikeistų taip, kad, kamuoliukui nukritus ant ribos, būtų laikoma, kad jis nukrito į „užribį“, tačiau dispozicinė samprata vis tiek atlieka tų įvykių, kurie išties reiškia padavimo „taisyklingumą“, susiejimo su oficialiomis pareigomis funkciją taip, kad erdvė, atverta pareigos teiginių struktūros, užsiveria.

Tas, kuris gina pirmąją tezės, jog teisingo atsakymo nesama, versiją, be abejo, ginčys mano dispozicinių sampratų funkcijos aprašymą. Jis sakys, jog šių sampratų funkcija yra suteikti galią teisių ir pareigų teiginių struktūrai, o ne susilpinti ją. Tačiau šio ginčo su manimi jis negali laimėti iš anksto; jeigu jis mano, jog būdas, kuriuo teisininkai naudoja šią sampratą, pateisina jo teikiamą jos funkcijos nusakymą, o ne mano, jis privalo pateikti įrodymus, paimtus iš jų praktikos. Aš galiu nurodyti faktą, kad teiginį, jog sutartis yra neteisėta, teisininkai traktuoja kaip teiginio, jog ji yra teisėta, neiginį, o teiginį, jog asmeniui negalioja teisinė atsakomybė, – kaip teiginio, jog jam galioja teisinė atsakomybė, neiginį ir taip toliau; taip pat galiu parodyti, kad teisininkai nevartoja tokių žodžių, kuriuos, anot jo aprašymo prielaidos, jie vartotų, tokių kaip „užuomazginės" sutartys arba „potencialus atsakomybės subjektas", arba „artimi nusikalstamiems" aktai. Tai stiprūs argumentai mano naudai ir prieš jo aiškinimą, ir nors jie nėra galutiniai, aš neįsivaizduoju jokių argumentų, kuriuos jis galėtų pateikti iš savo pusės.

Vienas argumentas (kurį esu girdėjęs įvairiai suformuluotą) geriausiu atveju atideda klausimą. Tas argumentas yra štai koks: „Paprastas teisinis teiginys, toks kaip „Tomo sudaryta sutartis yra teisėta", yra tik sutrumpinta ilgesnio ir labiau struktūriškai apibrėžto teiginio forma, būtent teiginio „Teisė užtikrina, kad Tomo pasirašyta sutartis yra teisėta". Panašiai ir teiginys „Tomo pasirašyta sutartis yra neteisėta" yra tik sutrumpinta teiginio „Teisė numato, kad Tomo pasirašyta sutartis yra neteisėta" forma. Tačiau akivaizdu, kad abu šie ilgesni teiginiai gali būti neteisingi. Teisė gali paprasčiausiai nieko nesakyti, t. y. nieko nenumatyti nė vienos iš alternatyvų atžvilgiu. Tačiau tokiu atveju, kadangi anie du trumpesni teiginiai turi tą pačią reikšmę kaip ir ilgesnieji teiginiai, abu trumpesnieji teiginiai taip pat yra neteisingi, o būtent tai ir numato pirmoji tezės, kad teisingo atsakymo nesama, versija."

Tačiau turime paklausti, kas turima galvoje teigiant, kad teiginys „Tomo pasirašyta sutartis yra teisėta" turi tą pačią reikšmę, kaip ir teiginys „Teisė numato, kad Tomo pasirašyta sutartis yra teisėta".

Čia galėtų būti turima galvoje tai, kad pastarasis yra perteklinis būdas išsakyti pirmąjį teiginį, lygiai kaip teiginys „Teisiškai Tomo pasirašyta sutartis yra teisėta“ galėtų būti suvokiama kaip perteklinis būdas pasakyti „Tomo pasirašyta sutartis yra teisėta“. Tačiau tokiu atveju nebuvo suteiktas joks pagrindas tarti, kad teiginys „Teisė numato, jog Tomo pasirašyta sutartis yra teisėta“ ir teiginys „Teisė numato, jog Tomo pasirašyta sutartis yra neteisėta“ abu gali būti neteisingi. Nėra akivaizdu, kad teiginys „Teisiškai Tomo pasirašyta sutartis yra teisėta“ ir teiginys „Teisiškai Tomo pasirašyta sutartis yra neteisėta“ gali abu būti neteisingi. Šitai pirmoji versija turi įrodyti, o ne drausti. Jeigu kam nors atrodo akivaizdu, kad teiginys „Teisė numato, jog sutartis yra teisėta“ ir teiginys „Teisė numato, jog sutartis yra neteisėta“ gali abu būti neteisingi, šitaip yra todėl, kad jis personifikuoja „teisę“; kitaip tariant, jis ją suvokia kaip asmenį, kuris gali teikti teiginį (p) arba ($\sim p$), arba nei vieno, nei kito. Tačiau teisė nėra asmuo.

Tačiau galbūt tas siūlymas yra pagrįstas ne ta pertekliaus nuoroda, o pretenzingesnei semantika, anot kurios paprasti teisės teiginiai turi tokią pačią prasmę kaip teiginiai apie tai, ką koks nors asmuo ar institucija pasakė. Teiginys „Teisė numato, jog Tomo pasirašyta sutartis yra teisėta“ gali būti suprantamas, anot šios sampratos, kad teiginys „Atitinkamos valdžios institucijos išleido tam tikrą normą, pagal kurią tokioms sutartims, kaip Tomo pasirašytoji, turi būti pripažįstama galia“ ar panašiai. Tikrai gali būti neteisinga sakyti, jog atitinkamos valdžios instancijos paskelbė tą normą arba priešingą normą. Tačiau vargu ar yra akivaizdu, kad teiginys „Tomo pasirašyta sutartis yra neteisėta“ reiškia tą patį dalyką kaip teiginys „Valdžios instancijos išleido tam tikrą normą, pagal kurią ši sutartis yra neteisėta“ (arba kad teiginys „Tomo negalima apkaltinti nusikaltus“ reiškia tą patį kaip teiginys „Valdžios institucijos paskelbė tam tikrą normą, pagal kurią tai, ką Tomas padarė, nėra nusikaltimas“). Priešingai – tai atrodo klaidinga. Vienas stiprus argumentas prieš tai yra tiesiog tas faktas, kad teiginys „Tomo pasirašyta sutartis yra neteisėta“ atrodo esanti teiginio „Tomo sutartis yra teisėta“ neiginys (o teiginys „Tomo negalima apkaltinti nusikaltus“ – teiginio „Tomui tenka

kaltė dėl nusikaltimo“ neiginys). Taigi svarstomasis argumentas (pagal šią antrąją interpretaciją, kaip ir pagal pirmąją) nėra argumentas už pirmąją tezės, kad teisingo atsakymo nesama, versiją; veikiau jis tą tezę laiko prielaida.

Paminėsiu dar vieną tariamai akivaizdų argumentą, kurio galėtų griebtis pirmosios versijos gynėjas ir kurį mes galėtume vadinti realizmu grindžiamu argumentu. Jis galėtų sakyti, kad mano teikiamas dispozicinių sampratų funkcijos aprašymas turi būti neteisingas, nes jeigu jis būtų teisingas, teisinė praktika būtų be galo nerealistiška štai kokia prasme: jeigu pažvelgiame į tikrus kriterijus, teisės numatomus teiginiams apie sutarčių teisėtumą tikrinti, mes įsitikiname, jog kartais iš tiesų nesama teisingo atsakymo į klausimą, ar šie kriterijai konkrečiu atveju yra patenkinami. Pavyzdžiui, kadangi gali nebūti teisingo atsakymo į klausimą, ar sutartis yra šventvagiška ar ne, gali nebūti teisingo atsakymo ir į klausimą, ar Tomo pasirašyta sutartis yra teisėta ar neteisėta, nepriklausomai nuo to, ar teisininkai mano, jog teisingo atsakymo esama, ar taip nemano. Su šios rūšies netikrumu susiduriama taip dažnai, kad teisininkai būtų nerealistiški ir išties užsispyrę, jei tvirtintų, jog, nepaisant to, vis tiek nesama jokios loginės erdvės tarp teisėtos sutarties ir neteisėtos sutarties. Kitaip tariant, tokių atvejų dažnumas teikia stiprų motyvą pakoreguoti teisinę semantiką, kad būtų galima įtraukti atvejį, taigi turėtume tikėtis, jog teisininkai jau yra padarę tą korektūrą. Jie gali ir nebūti iš tikro išplėtoję atskirų pavadinimų kiekvienai iš trečiųjų kategorijų, kurias jie buvo priversti pripažinti, – gal jie apgailestauja dėl šių trečiųjų kategorijų ir nori jas nuslėpti nuo plačiosios visuomenės, – tačiau jie vis tiek turi pripažinti tokius atvejus kaip atskirus. Taigi jeigu esame labai atidūs jų argumentų niuansams, galime tikėtis įžvelgti neįvardytos, bet iš tikrųjų naudojamos sampratos pėdsakus.

Šį realizmu grindžiamą argumentą gvildenu dėl to, kad manau, jog jis buvo ir yra įtakingas. Tačiau dabar turime pažymėti, kad tai nėra nepriklausomas argumentas, ginantis pirmąją tezės, jog teisingo atsakymo nesama, versiją; priešingai – jis taria, jog antroji versija jau buvo įrodyta. Sveika nuovoka, kurios tikimasi iš teisininkų, yra

sveika nuovoka, reikalinga pripažinti antrajai tezės versijai, taigi jų semantiką priderinti prie jos tiesos. Todėl galime niekuo nerizikuodami ignoruoti realizmu grindžiamą argumentą, ir vietoj jo imtis pačios tezės, kad teisingo atsakymo nesama, antrosios versijos. Jeigu antroji versija žlunga, realizmu grindžiamas argumentas subliūkšta; jeigu antroji versija pasitvirtina, realizmu grindžiamas argumentas nėra nepriklausomai filosofiškai įdomus.

ANTROJI VERSIJA

Apsvarstysiu tris argumentus, kuriuos būtų galima manyti remiant antrąją tezės, kad teisingo atsakymo nesama, versiją. Anot pirmojo, dėl neišvengiamo teisinės kalbos miglotumo arba atviros struktūros kartais yra neįmanoma sakyti, jog tam tikras teisės teiginys yra arba teisingas, arba neteisingas. Antrasis argumentas taria, jog teisės teiginiai, tokie kaip teiginys, kad Tomo pasirašyta sutartis yra teisėta, turi paslėptą struktūrą, plėtojamą teisinio pozityvizmo, kuri paaiškina, kada gali būti teisinga sakyti, kad neteisingas nei teiginys, jog Tomo pasirašyta sutartis yra teisėta, nei – kad ta sutartis yra neteisėta. Trečiasis argumentas remiasi faktu, kad kartais – kaip mūsų pavyzdyje – teisės teiginys yra ginčijamas taip, jog nė viena iš pusių neturi jokios vilties įrodyti kitą esant neteisų; šis argumentas daro prielaidą, jog vidujai kontroversiški teisės teiginiai negali būti nei teisingi, nei klaidingi.

Argumentas, grindžiamas miglotumu

Tarp teisininkų labai populiari idėja, jog jų vartojamos kalbos miglotumas garantuoja, kad neišvengiamai nebus teisingo atsakymo į tam tikrus teisinius klausimus. Tačiau šios idėjos populiarumas yra pagrįstas negebėjimu atskirti kanoninės teisinės kalbos miglotumo fakto ir pasekmių.

Apsvarstykime argumentą, jog kadangi žodis „šventvagiškas“ yra miglotas, negali būti teisingo atsakymo į klausimą, ar Tomo pasira-

šyta sutartis yra teisėta. Aš turėčiau tvirtinti, jog šis argumentas daro vieną, dabar nesvarbią, klaidą. Jis painioja atvejį, kai legislatūra vartoja miglotą terminą, tokį kaip „vidutinio amžiaus" arba „raudonas", su kitu atveju – kai ji paskelbia sampratą, kuri įgalina skirtingas koncepcijas. Tačiau čia aš pernelyg neakcentuosiu tos perskyros, nes tas, kuris pripažįsta šią perskyrą, galėtų tiesiog pridurti, jog bet kuriuo atveju tai, ką legislatūra pasakė, nediktuoja konkretaus atsakymo į Tomo sutarties klausimą – todėl, kad ji vartojo miglotą terminą arba – jeigu aš esu teisus – dėl kitos priežasties – tos, jog ji naudojo sampratą, kuri įgalina skirtingas koncepcijas. Todėl šioje esė darysiu prielaidą, jog terminas „šventvagiškas" yra miglotas ir kad aptariamasis įstatymas dėl to yra miglotas ta prasme, kuria būtų miglotas įstatymas, numatantis, jog sutartys, pasirašytos vidutinio amžiaus žmonių, yra neteisėtos.

Bet kuriuo atveju miglotumu grindžiamas argumentas daro kitą klaidą. Jis remiasi prielaida, jog jeigu legislatūra išleidžia įstatymą, to įstatymo poveikis teisei sietinas išskirtinai su abstrakčiąja žodžių, kuriuos ji pavartoja, reikšme, tad jeigu šie žodžiai yra migloti, darytina išvada, jog to įstatymo poveikis teisei turi būti kokiu nors atžvilgiu neaiškus. Tačiau ši prielaida yra akivaizdžiai neteisinga, nes teisininko kriterijai, turintys nustatyti įstatymo poveikį teisei, gali apimti įstatymų interpretacijos ar aiškinimo kanonus, kurie apibrėžia, kokią galią dera priskirti miglotam žodžiui tam tikru atveju, ar bent jau padaro jo galią priklausomą nuo tolesnių klausimų, iš principo turinčių teisingą atsakymą. Šie kriterijai gali kreipti prie intencijos ar kitų psicholginių faktų dalykų. Pavyzdžiui, teisininkas gali atvirai aiškinti, jog termino „šventvagiškas" apimtis, šiuo jo pavartojimo atveju, turi būti suvokiama kaip talpinanti tik tuos atvejus, kuriuos turėjo galvoje mažų mažiausiai dauguma balsavusiųjų už įstatymą arba kuriuos jie būtų norėję apimti, jeigu tas atvejis būtų buvęs pateiktas jų teismui. Tačiau tie kriterijai gali nesiremti psichologiniais faktais. Teisininkui yra atvira galimybė argumentuoti, kaip pats esu daręs[82], jog įstatymo poveikis teisei yra nustatomas klausiant, kuri iš tų skirtingų interpretacijų, kurias įgalina abstrakčioji termino prasmė,

labiausiai palanki tam principų ir politinių nuostatų kompleksui, kuris teikia geriausią politinį įstatymo pateisinimą tuo metu, kai jis išleidžiamas. Arba jam yra atvira galimybė argumentuoti kur kas konservatyvesnę poziciją, anot kurios, jeigu įstatymas vartoja miglotą kalbą, jis turi būti suvokiamas kaip pakeitęs teisinį *status quo ante* tik tuo mastu, kurį pateisina neginčijamas pasitelktosios kalbos branduolys.

Pastaroji prielaida yra įdomi – ne dėl to, kad rekomendacija saugoti *status quo* yra populiari arba patraukli, bet dėl to, kad ji dramatiškai parodo, jog miglotumas kanoninėje teisinėje kalboje negarantuoja teisės teiginių neaiškumo. Tačiau ši prielaida yra atvira akivaizdžiam prieštaravimui. Tarkime, šią prielaidą pateikiu štai kaip: (A) Jeigu teiginys, kad tam tikra konkreti sutartis yra šventvagiška, nėra teisingas, tai teisė turi jį traktuoti kaip klaidingą, taigi teisingi yra visi tos teisės teiginiai, kurie būtų teisingi, jeigu ji būtų klaidinga. Gali būti paprieštarauta, jog lygiai taip pat, kaip gali būti neaišku, ar sutartis yra šventvagiška, gali būti neaišku ir tai, ar teiginys, kad ji yra šventvagiška, yra teisingas. Pagaliau juk tas, kuris siekia pritaikyti (A) praktikoje, gali įsitikinti, kad išties klampus galvosūkis jam yra tai, ar (A) iš jo reikalauja tam tikrą sutartį traktuoti kaip šventvagišką arba kaip nešventvagišką. Tarkime, kad visos sutartys yra išdėstomos spektru, pradedant tomis, kurios yra akivaizdžiai šventvagiškos, ir baigiant tomis, kurios yra akivaizdžiai nešventvagiškos. Vienąme gale bus grupė sutarčių, kurių atžvilgiu teiginys „Ši sutartis yra šventvagiška“ bus teisingas, o kitą grupę, maždaug apie vidurį, sudarys tos sutartys, kurių atžvilgiu tas teiginys bus nei teisingas, nei klaidingas. Tačiau vis tiek yra dar kitokių sutarčių (maždaug ties trečdalio padala), kurių atžvilgiu neaišku, ar tas teiginys teisingas, ar neiteisingas-nei-klaidingas. Taigi tokios instrukcijos kaip (A) negali pasidalinti neaiškumo, nors jos ir gali jį sumažinti.

Šis prieštaraujamasis argumentas kelia įdomių klausimų, tačiau jis nėra vykęs kaip mano dabar teikiamo argumento paneigimas. Noriu kondensuotai pakartoti savo argumentus, pasitelkęs Asmenį (*V*), tvirtai įsitikinusį, jog miglotumas teisinėje kalboje būtinai sukelia teisės teiginių neaiškumą. *V*, kuris laikosi tezės, kad teisingo atsakymo

nesama, antrosios versijos, teigia, jog jeigu „ø“ yra miglotas terminas, tai bus sakinių, turinčių formą „x yra ø“, kurie yra teisingi, taip pat kitų sakinių, kurie yra klaidingi, ir dar kitų, kurie yra nei teisingi, nei klaidingi. (Šitai skiriasi nuo teiginio, kurį teiktų tas, kuris remia pirmąją tos tezės versiją, anot kurios kai kuriais atvejais „x yra ø“ ir „x nėra ø“ abi yra neteisingos.) Šioje argumentacijos vietoje aš atsakau, jog jeigu taip yra, tai neaiškumo nekils, jei bus laikomasi įstatymų leidybos principo, reikalaujančio, kad jeigu „x yra ø“ nėra teisinga, ji turi būti traktuojama kaip neteisinga. O tas, kuris išsako dabar svarstomą prieštaravimą, (*R*), atsako, jog nors šitai gali sumažinti neaiškumą, negali jo pašalinti; *R* palypėja vienu kalbiniu lygmeniu aukščiau, kad galėtų teigti, jog jeigu ø yra miglota, tai bus atvejų, kai teiginys „„x yra ø“ yra teisinga“ pats bus nei teisingas, nei klaidingas. Jeigu aš pamėginu atsižvelgti į *R* kritiką, pataisydamas savo rekomenduojamą įstatymų leidybos principą taip, kad numatyčiau, jog jeigu „„x yra ø“ yra teisinga“ nėra teisinga, tai ji turi būti traktuojama kaip neteisinga, aš nieko nepasiekiu. Tuomet *R* gali pakilti į dar aukštesnį kalbos lygmenį, ir aš jį vysiuosi be galo.

Tačiau ar pats pirmas *R* judesys atitinka sveiką nuovoką? Ar gali teiginys „„x yra ø“ yra teisinga“ pats būti nei teisingas, nei klaidingas? Ne, jeigu laikomės *V* pradinės trijų visas galimybes išsemiančių tiesos verčių schemos – teisinga, klaidinga ir nei-teisinga-nei-klaidinga. Jeigu „x yra ø“ yra teisinga, tai „„x yra ø“ yra teisinga“ yra teisinga; tačiau jeigu „x yra ø“ yra neteisinga *arba* nei teisinga, nei klaidinga, tai „„x yra ø“ yra teisinga“ yra klaidinga. Nė vienu iš šių trijų galimų atvejų teiginys „„x yra ø“ yra teisinga“ pats nėra neiteisingas-nei-klaidingas. Taigi atrodo, jog *R* yra paties *V* argumento formuluotės auka. *V* argumentas remiasi prielaida, kad teisės teiginiai yra neaiškūs tik tuomet, kai koks nors teiginys, turintis formą „x yra ø“, yra neaiškus dėl „ø“ miglotumo, tačiau jis taip pat remiasi prielaida, jog visada, kai yra neaišku, ar „ø“ yra teisinga, teiginys, kad „x yra ø“, yra neteisingas.[83]

Taigi prieštaravimą, kurį iki šiol diskutavome, galima atidėti į šalį. Nesama jokio pagrindo tarti, kad neįmanoma rasti jokios bendros įs-

tatymų leidybos teorijos, kuri teiktų atsakymą į klausimą, kas atsitinka teisei, kai kokia nors institucija pavartoja miglotą kalbą. Tačiau dabar būtų galima pasakyti, jog tokios bendru mastu naudojamos įstatymų leidybos teorijos nesama. Jei pažvelgiame į teismų, kuriems buvo pavesta išaiškinti įstatymus, kuriuose yra miglotų terminų, sprendimus, pamatome, kad teismai arba nesutaria dėl įstatymų aiškinimo metodų, arba sutaria tik dėl kanonų, kritiškai vartojančių tokius terminus kaip „intencija" ir „tikslas", savo ruožtu tokių pat miglotų kaip „šventvagiškas". Tačiau kas iš to? Net jeigu šiuos teismų pasakymus traktuojame kaip kanonines teisės formuluotes, kaip įstatymus, vis tiek klausimas, kaip teisę paveikia tai, jog teismai *šiuose* kanoniniuose pareiškimuose pavartojo miglotus terminus, lieka atviras.

Tarkime, jog savo klausimą dėl Tomo sutarties, į kurį tariamai neturi būti teisingo atsakymo, pateikiame štai kaip. Turint omenyje, jog legislatūra išleido įstatymą, numatantį, jog „šventvagiškos" sutartys yra niekinės, turint omenyje visa tai, ką mes galime tarti apie įstatymų leidybos, tai padariusių, proto būklę, turint omenyje visa tai, ką galėtume tarti apie plačiosios visuomenės pažiūras į šabą, ir turint omenyje visa tai, kas be to gali būti svarbu, ar Tomo pasirašyta sutartis yra teisėta pagal teisę – kas suteiktų jam teisę į tai, kad apsikeitimui pažadais būtų pripažinta galia, – ar sutartis yra neteisėta, kas Tomui suteiktų teisę į tai, kad apsikeitimui pažadais nebūtų pripažinta galia? Termino „šventvagiška" miglotumas ir miglotumas, būdingas bet kokiam savo proto būklės nusakymui, kurį būtų galėję pateikti įstatymų leidėjai, arba nusakymui, kurį galėjo pateikti visuomenės nariai, kalbėdami apie savo pažiūras, yra faktai, į kuriuos mūsų išplėstas klausimas kviečia atsižvelgti. Tas miglotumas nereiškia, jog mūsų klausimas neturi teisingo atsakymo. Jeigu dabar kas nors nurodo, jog pačiuose teisėjų pareiškimuose apie įstatymų aiškinimą yra miglotų terminų, jis paprasčiausiai pateikia papildomą faktą. Jeigu mes sutariame, jog šis papildomas faktas yra svarbus mūsų klausimui, – o tai akivaizdu, – tai prie savo motyvų sąrašo galėtume pridurti tai, jog teisėjai yra padarę tokių pareiškimų. Dar nebuvo

pasakyta nieko, kas, remiantis termino „šventvagiška“ miglotumu, mus verstų abejoti, jog mūsų klausimas turi atsakymą.

Aš akcentuoju šį patikslinimą todėl, kad manau, jog populiari idėja, skelbianti, kad kai kurie teisiniai klausimai neturi teisingo atsakymo, nes teisinė kalba kartais esti miglota, galiausiai priklauso ne nuo kokio nors argumento, grindžiamo miglotumu, o veikiau nuo kitokio argumento, kurį aprašysiu vėliau, – jog negali būti teisingo atsakymo į teisinį klausimą, kai išmintingi teisininkai nesutaria dėl to, koks yra teisingas atsakymas. Teisėtos sutarties samprata pati nėra miglota, tokia kaip vidutinio amžiaus samprata, ir iš to, jog tam tikra įstatymų kalba, svarbi sutarties teisėtumui, yra miglota, negalima daryti išvados, jog taip pat miglotas yra ir klausimas, ar, turint omenyje tą kalbą, sutartis yra teisėta. Tačiau tas faktas išties daro labiau tikėtina, jog teisininkai nesutars, ar sutartis yra teisėta, – labiau tikėtina nei tuo atveju, kad įstatyme nebūtų miglotų terminų – ne dėl to, kad terminų reikšmė turi lemiamą reikšmę sutarties teisėtumui, o dėl to, kad teisininkai išties nesutaria dėl interpretacijos ir aiškinimo metodų, kuriuos dera naudoti atsakant į tokius klausimus.

Argumentas, grindžiamas pozityvizmu

Esama daug skirtingų teisinio pozityvizmo formų, tačiau jas visas sieja idėja, jog teisė egzistuoja tik kokio nors žmogiško akto ar sprendimo dėka. Kai kuriose pozityvizmo formose šis aktas yra asmens ar grupės, turinčios tikrą politinę galią, komanda; kitose formose tai gali būti pasyvus aktas, toks kaip bendras ir atsitiktinis paprotinės normos pripažinimas; tačiau bet kurios formos pozityvizmas kokį nors aktų kompleksą apibrėžia kaip būtiną ir pakankamą. Todėl pozityvizmo, kaip teisinės teorijos tipo, struktūrą galime nusakyti štai kaip. Jeigu „*p*“ reprezentuoja teisės teiginį, o „*L*(*p*)“ išreiškia faktą, jog asmuo ar tam tikra grupė atliko veiksmus, kurie daro (*p*) teisinga, tai pozityvizmas skelbia, jog (*p*) negali būti teisinga, jeigu nėra teisinga *L*(*p*).

Todėl galėtų atrodyti, kad pozityvizmas, bet kuria iš jo skirtingų

formų, teikia argumentą už antrąją tezės, jog teisingo atsakymo nesama, versiją. Tarkime, kad (*p*) negali būti teisinga, jeigu nėra teisinga *L*(*p*), ir kad (~*p*) negali būti teisinga, jeigu *L*(~*p*) nėra teisinga. Bet kokios įtikinamos „*L*" reikšmės atveju kai kuriais atvejais tiek *L*(*p*), tiek *L*(~*p*) yra neteisingos. Pavyzdžiui, jeigu „*L*" išreiškia faktą, jog suverenas paskelbė tam tikrą potvarkį, galėtų būti neteisinga sakyti, kad jo paskelbtas potvarkis reikalauja to akto, taip pat neteisinga sakyti, kad jo paskelbtas potvarkis reikalauja nedaryti to veiksmo, t. y. neteisinga sakyti, kad jis uždraudė tą veiksmą. Tačiau jeigu tiek *L*(*p*), tiek *L*(~*p*) abi yra neteisingos, tai nei (*p*), nei (~*p*) negali būti teisinga, ir kaip tik tai skelbia antroji tezės, kad teisingo atsakymo nesama, versija.

Žinoma, tai, kad teisinis pozityvizmas remia antrąją tezės, jog teisingo atsakymo nesama, versiją, negaliotų kaip pakankamas antrosios versijos įrodymas, nesant nepriklausomo įrodymo, jog pozityvizmas yra teisus. Vis dėlto, kadangi pozityvizmas, ta ar kita forma, yra labai populiari teisinė teorija, tariamas ryšys tarp tos teorijos ir antrosios versijos, jeigu jį galima įrodyti, teiktų svarbią paramą antrajai versijai, taip pat paaiškintų tą didžiulį tezės, jog teisingo atsakymo nesama, populiarumą. Tačiau galima neužtrunkant parodyti, jog nė viena iš įprastų pozityvizmo formų iš tikro neremia antrosios versijos ir kad vienintelė forma, kuri galėtų tai padaryti, ją paremtų tik labai ribotai.

Pozityvizmo tipus galime išskirti ne tik atskirdami skirtingas reikšmes, teikiamas mano aprašytoje „*L*" bendrojoje struktūroje, bet ir atskirdami įvairius santykius, kuriuos manoma egzistuojant tarp (*p*) ir *L*(*p*). Semantinis pozityvizmas skelbia, jog (*p*) savo reikšme yra identiška *L*(*p*), tad, pavyzdžiui, teiginys „Tomo sudaryta sutartis yra teisėta" reiškia tą patį dalyką, kaip teiginys „Suverenas paskelbė potvarkį, reiklaujantį, kad sutartims, tokioms kaip Tomo sudarytoji, būtų pripažįstama galia" ar pan. Akivaizdu, kad semantinis pozityvizmas negali pateikti argumento už antrąją tezės, jog teisingo atsakymo nesama, versiją. Antroji versija pripažįsta, kad teiginys „Tomo sudaryta sutartis yra neteisėta" yra loginis teiginio „Tomo sudaryta

sutartis yra teisėta“ neiginys; ji pripažįsta, kad jeigu pastarasis teiginys yra reprezentuojamas kaip „*p*“, pirmasis turi būti reprezentuojamas kaip „~*p*“. Jeigu tam tikros formos semantinis pozityvizmas teikia „*L*“ tokią reikšmę, kad *L*(*p*) ir *L*(~*p*) abi negali būti neteisingos, tai ką tik aprašytas argumentas už antrąją tezės versiją šios pozityvizmo formos atveju nepasitvirtina. Tačiau jeigu jis teikia „*L*“ kokią nors tokią reikšmę, kad *L*(*p*) ir *L*(~*p*) gali būti abi neteisingos (tokią reikšmę teikia komandą postuluojanti semantinio pozityvizmo forma), tai toks pozityvizmas prieštarauja sau pačiam, mat kadangi (*p*) ir (~*p*) abi negali būti neteisingos, tai (*p*) negali reikšti tą patį kaip *L*(*p*), o (~*p*) – reikšti tą patį kaip *L*(~*p*). Tad semantinis pozityvizmas turi neigti, kad teiginys „Tomo sudaryta sutartis yra neteisėta“ yra teiginio „Tomo sudaryta sutartis yra teisėta“ neiginys; ji žinoma, teisę tai neigti jis turi tik jeigu jau yra parodyta, kad paviršinis lingvistinis teisininkų elgesys yra klaidinamas ta prasme, kuria jį tokį esant teigia pirmoji tezės versija.

Tačiau esama pozityvizmo formų, kurios neteigia, kad santykis tarp (*p*) ir *L*(*p*) yra reikšmės tapatumas. Kai kurios pozityvizmo formos teigia tik abipusės loginės implikacijos santykį, taigi, kad, pavyzdžiui, Tomo sutarties teisėtumas yra logiškai būtinas, jeigu suverenas yra paskelbęs potvarkį, reikalaujantį, kad sutartims, tokioms kaip Tomo pasirašytoji, būtų pripažįstama galia, ir *vice versa*. Kitos teigia tik dar silpnesnį tiesos funkcijos lygiavertiškumo santykį, taigi, kad visada, kai Tomo sutartis yra teisėta, visuomet bus tiesa ir tai, jog koks nors suverenas yra paskelbęs įsaką teisėjams pripažinti galią tokioms sutartims, kaip Tomo pasirašytoji, ir *vice versa*.

Tačiau lengva parodyti, jog nei abipusį priežastingumą postuluojantis pozityvizmas, nei pozityvizmas, kalbantis apie tiesos funkcijos lygiavertiškumą, negali paremti tezės, kad teisingo atsakymo nesama, antrosios versijos. Aš pateiksiu argumentą už pastarąją, silpnesnę pozityvizmo formą; tas pats argumentas, aišku, tinka ir stipresnei formai ginti. Jeigu (*p*) yra *L*(*p*) tiesos funkcijos atitikmuo, tai kai *L*(*p*) yra klaidinga, (*p*) yra klaidinga, o ne tik paprasčiausiai neteisinga. Taigi kai *L*(*p*) yra klaidinga, (~*p*), kuri yra loginis (*p*) neiginys,

turi būti teisinga. Kadangi $L(p)$ turi būti arba teisinga, arba klaidinga, tai arba (p), arba $(\sim p)$ turi būti teisinga, o būtent šitai antroji versija neigia.

Pozityvizmu grindžiamas argumentas, kurį aprašiau anksčiau šiame skirsnyje, yra klaidinamas, nes jis viską stato ant tariamos perskyros tarp vidinio $L(p)$ neiginio, būtent $L(\sim p)$, ir išorinio $L(p)$ neiginio, būtent $\sim L(p)$. Jeigu (p) yra $L(p)$ tiesos funkcijos atitikmuo, tai, atrodytų, natūraliai kyla išvada, jog $(\sim p)$ yra $L(\sim p)$ tiesos funkcijos atitikmuo. Šitai, atrodo, palieka $\sim L(p)$ be jokio atitikmens, ir dėl to atrodo įtikinama, jog nei (p), nei $(\sim p)$ nėra teisinga, kai $\sim L(p)$ yra teisinga. Tačiau visa tai neatsižvelgia į tai, jog jeigu $L(p)$ iš tiesų yra (p) atitikmuo, o $L(\sim p)$ yra $(\sim p)$ *atitikmuo,* tai iš pirmojo lygiavertiškumo kyla išvada, jog $\sim L(p)$ yra $(\sim p)$ *atitikmuo,* taigi, kad $L(\sim p)$ ir $\sim L(p)$, būdamos lygiavertiškos tam pačiam dalykui, yra lygiavertiškos viena kitai. Tiesos funkcijos sąvoka pagrįstas pozityvizmas, jeigu jis pripažįsta, jog pirmoji tezės, jog teisingo atsakymo nesama, versija yra klaidinga, teikia argumentą prieš, o ne už antrąją versiją.

Iš šito randasi štai koks įdomus rezultatas. Visuomet buvo tariama, kad reikšmės, kurias tradicinių formų pozityvizmas priskiria „L“, remiasi įprastinėmis terminų, kuriuos jos pasitelkia, reikšmėmis; pavyzdžiui, jog komandos teorija įprastine reikšme vartoja „komandos“ terminą. Tačiau jeigu pozityvizmas nesilaiko tezės, kad teisingo atsakymo nesama, pirmosios versijos, šitai negali būti tiesa. Įprastine „potvarkio“ reikšme teiginys, kad kas nors paskelbė potvarkį, reikalaujantį, kad sutarčiai nebūtų pripažįstama galia, nėra lygiavertiškas teiginiui, jog jis nepaskelbė potvarkio, reikalaujančio, kad sutarčiai būtų pripažįstama galia. Tačiau jeigu laikomasi teiginio, jog teiginys „Tomo sudaryta sutartis yra teisėta“ yra tiesos funkcijos atžvilgiu lygiavertiškas teiginiui „Teisės leidėjai paskelbė potvarkį, reikalaujantį, kad tokioms sutartims būtų pripažįstama galia“ ir kad teiginys „Tomo sudaryta sutartis yra neteisėta“ yra loginis teiginio „Tomo sudaryta sutartis yra teisėta“ neiginys, tai reikia daryti išvadą, jog teiginys „Teisės leidėjai paskelbė potvarkį, reikalaujantį, kad sutarčiai nebūtų pripažįstama galia“ yra lygiavertiškas teiginiui „Teisės

leidėjai nepaskelbė potvarkio, reikalaujančio, kad sutarčiai būtų pripažįstama galia".[84]

Bet kuriuo atveju jokia pozityvizmo forma, nustatanti tiesos funkcijos lygiavertiškumą arba abipusį kiekvieno teisės teiginio ir kokio nors teiginio apie įstatymų leidybos aktus priežastingumą, negali paremti antrosios tezės, kad teisingo atsakymo nesama, versijos. Jeigu pozityvizmu grindžiamas argumentas nori būti veiksmingas, turi būti rasta kokia nors pozityvizmo forma, kuri ryšį tarp šių teiginių daro ypatingą, tokį, jog teisės teiginys būtų teisingas, jeigu – ir tik jeigu – teiginys apie įstatymų leidybos aktus yra teisingas, tačiau nebūtų klaidingas, kai tas teiginys apie įstatymų leidybos aktus yra klaidingas. Jokia iš ortodoksiškų pozityvizmo formų neatrodo įtikinamai pagrindžianti tokią ypatingą ir ribotą sąsają. Jeigu teisės teiginys yra teisingas, kai – ir tik kai – suverenas yra paskelbęs tam tikros rūšies potvarkį, tai kodėl jis turėtų nebūti neteisingas, kai jis nėra išleidęs to potvarkio? Jeigu teisės teiginys yra teisingas tik kaip tam tikra norma, iš kurios tas teiginys kyla, yra išleista ar priimta laikantis tam tikros pripažinimo taisyklės, kodėl jis turėtų nebūti klaidingas, kai jokios tokio pobūdžio normos nėra išleista ar priimta, ar pripažinta?

Pamėginsiu, pasitelkęs analogiją, parodyti, kaip pozityvistui galėtų pavykti atsakyti į šiuos sunkius klausimus, ir šitaip padaryti tą ypatingą vienpusę sąsają įtikinamesnę, nei ji galėtų atrodyti. Tarkime, jog grupė Dickenso specialistų pasiūlo aptarinėti Deividą Koperfyldą taip, tarsi Deividas būtų realus asmuo. Jie siūlo sakyti, pavyzdžiui, kad Deividas lankėsi Salemo namuose, kad jis buvo gabus, ir t. t. Jie tikrai galėtų išrutulioti štai kokias grindžiamąsias taisykles, reguliuojančias tuos įvairius teiginius:

(1) Bet koks teiginys apie Deividą gali būti patvirtinamas kaip „teisingas", jeigu Dickensas tai pasakė arba pasakė ką nors, ko atžvilgiu būtų buvę nenuoseklu, jei Dickensas būtų neigęs tai, ką teigia tas teiginys.

(2) Bet koks teiginys apie Deividą gali būti paneigtas kaip „klai-

dingas“, jeigu Dickensas neigė tai, ką jis teigia, arba pasakė ką nors, ko atžvilgiu būtų buvę nenuoseklu, jei Dickensas būtų sakęs tai, ką jis teigia.

Pirmoji tezės, kad teisingo atsakymo nesama, versija šiame projekte negaliotų. Imkime bet kokią sampratą, kuria remiamės apibūdindami realius žmones: jeigu yra teisinga sakyti, kad asmuo turi aptariamąją savybę, tai neteisinga sakyti, kad jis jos neturi, o jeigu neteisinga sakyti, kad jis turi tą savybę, teisinga sakyti, kad jis jos neturi. Loginis šios sampratos funkcionavimas bus toks pat ir literatūrinėje diskusijoje. Jeigu teisinga sakyti, kad Deividas lankėsi Salemo namuose, tai, pagal šias taisykles, turi būti klaidinga sakyti, kad jis to nedarė, ir *vice versa*. Jeigu teisinga sakyti, kad Deividas ten patyrė romaną su Styrfortu, tai, pagal tas taisykles, turi būti neteisinga sakyti, kad jis nepatyrė to romano, ir *vice versa*. Jeigu teisinga sakyti, kad Deivido kraujas buvo A grupės, tai neteisinga sakyti, kad jo kraujas nebuvo toks, ir *vice versa*. Mes netgi galime pasakyti – apie Deividą, kaip ir apie realius žmones, – kad apie bet kokią savybę yra teisinga sakyti, jog arba Deividas turėjo tą savybę, arba ne, nes neleidžiamo vidurio dėsnis yra privaloma tiesa, ir jeigu Dickensas būtų ką nors neigęs po to, kai jau buvo tai pasakęs apie Deividą, jis būtų buvęs nenuoseklus.

Tačiau antroji tezės, kad teisingo atsakymo nesama, versija galios literatūriniame kontekste, mat čia būtų įmanoma pateikti daug teiginių apie Deividą, kurie, kaip žinotų dalyviai, būtų nei galimi patvirtinti kaip teisingi, nei galimi paneigti kaip klaidingi. Dickensas niekur nėra pasakęs, kad Deividas turėjo homoseksualų romaną su Styrfortu, o to, ką jis tikrai pasakė, atžvilgiu nebūtų buvę nenuoseklu, jeigu jis tai būtų paneigęs. Tačiau jis to nepaneigė, ir to, ką jis pasakė, atžvilgiu nebūtų buvę nenuoseklu, jeigu jis būtų tai teigęs. Taigi dalyviai negali nei patvirtinti, nei paneigti to teiginio – ne dėl to, kad jie stokoja informacijos, o dėl to, kad turi pakankamai informacijos, kad būtų tikri, jog pagal jų taisykles teiginys yra nei teisingas, nei klaidingas.

Šis pasakojimas siūlo pozityvizmo formą, kuri numato ypatingą mano nusakytąjį ryšį tarp teisės teiginių ir teiginių apie įstatymų leidybos aktus. Teisė yra tokia veikla, kad teisės teiginiai neaprašo realaus pasaulio tuo būdu, kaip tai daro paprasti teiginiai – veikiau jos teiginių teigiamoji galia yra garantuojama pamatinių normų, tokių kaip literatūrinių pratybų taisyklės. Pagal šias pamatines taisykles, teisės teiginį bus galima patvirtinti kaip teisingą, jeigu suverenas yra paskelbęs tam tikros rūšies potvarkį arba jeigu pareigūnai tam tikru būdu priėmė tam tikros formos normas, ar pan. Tas pats teiginys bus galimas paneigti kaip klaidingas tik jeigu suverenas yra paskelbęs priešingą potvarkį arba jeigu pareigūnai priėmė priešingą normą, ar pan. Ši pozityvizmo forma nepresuponuoja pirmosios tezės, jog teisingo atsakymo nesama, versijos, nes nesugestijuoja, jog teisės institucijos viduje esama kokios nors konceptualinės erdvės tarp bet kokio teiginio ir jos tariamo neiginio. Ji nesuponuoja, jog teiginys, kad sutartis yra teisėta, ir teiginys, kad ji nėra teisėta, gali abu būti klaidingi. Tačiau ji tikrai remia antrąją tezės versiją, nes parodo, kaip tam tikras teiginys gali būti nei teisingas, nei klaidingas ne dėl kokio nors silpnumo ar kanoninės kalbos atviros struktūros, bet dėl to, kad pamatinės teisinės veiklos normos – panašiai kaip mano aprašytos pamatinės literatūrinės veiklos taisyklės – turi tą implikaciją.

Dabar turime pažymėti, jog ši pozityvizmo forma vienu svarbiu atžvilgiu skiriasi nuo įprastesnių formų. Ortodoksinis pozityvizmas, kiekviena iš savo formų, teigia kokį nors konceptualinį ryšį tarp teisės ir konkretaus akto (ar aktų), teorijos įvardijamo kaip išskirtinis įstatymų leidybos aktas. Pavyzdžiui, ostiniškajam pozityvistui faktas, kad teisė yra suvereno potvarkis, nėra paprasčiausiai konkrečių teisinių praktikų kai kuriose šalyse pasekmė. Jis, priešingai, yra esminis pačiai teisės idėjai. Tačiau mano sukonstruotoji nauja pozityvizmo versija, pagrįsta literatūrinio žaidimo analogija, neleidžia pozityvistui teikti tokio globalaus teiginio. Jis turi apsiriboti ir sakyti, jog (iš tikrųjų) piliečiai ir pareigūnai tam tikroje jurisdikcijoje vadovaujasi pamatinėmis teisinių teiginių patvirtinimo ir paneigimo normomis, todėl joks šitoks teiginys negali būti patvirtintas, jeigu suverenas nėra

paskelbęs deramo potvarkio, arba paneigtas, jeigu jis nėra paskelbęs priešingo potvarkio, ir kad dėl šios priežasties esama teisės teiginių, kurie negali būti nei patvirtinti, nei paneigti. Tačiau tuomet jo teiginys yra ne tas, jog bet kokioje teisinėje sistemoje turi egzistuoti teisės klausimai, kurie dėl tos priežasties neturi teisingo atsakymo, o tik tas, jog dėl tos priežasties tokių klausimų esama svarstomoje teisinėje sistemoje. Jis turi pripažinti bent jau galimybę kitokių teisinių sistemų, kuriose laikomasi visai kitokių pamatinių normų apie teisės teiginių patvirtinimą ir paneigimą, taip pat pripažinti, jog teisės klausimai, kurie neturi teisingų atsakymų toje sistemoje, kurią jis aprašo, turi teisingus atsakymus tose kitose sistemose, nors daugiau jokių potvarkių ar kitų įstatymų leidybos aktų ten nėra buvę.[85] Šias kitokias sistemas nesunku įsivaizduoti.

Literatūrinio žaidimo dalyviai (jei sugrįžtume prie šios analogijos) išties galėtų būti pasirinkę ne tokias asketiškas pamatines taisykles sau. Iš tikrųjų, tolydžio švelnindami šias pamatines taisykles, galėtume išskirti labai daug literatūrinių pratybų atmainų. Pavyzdžiui, antra tų pratybų forma galėtų numatyti, jog tolesni teiginiai apie Deividą yra galimi patvirtinti kaip teisingi (arba galimi paneigti kaip klaidingi), jeigu išties būtų labai tikėtina (arba išties labai neįtikėtina), jog realus asmuo, turintis Deividui teisingai priskiriamų savybių, standartinio žaidimo sąlygomis taip pat turėtų savybių, teigiamų tuose tolesniuose teiginiuose. Antroji tezės, jog teisingo atsakymo nesama, versija vis tiek galiotų šiai antrajai literatūrinių pratybų formai, tačiau šios antrosios formos pratybose daug retesni negu pirmosios formos žaidime būtų atvejai, kai klausimai neturėtų teisingo atsakymo, – ne dėl to, kad faktinė medžiaga, kurioje užfiksuota tai, ką Dickensas pasakė, pasikeitė, bet todėl, kad pamatinės normos dabar įgalina garantuotai patvirtinti arba paneigti daug daugiau dalykų. Galime įsivaizduoti trečią pratybų formą, kurioje tokių klausimų skaičius sumažėtų iki labai negausių nuobodžių klausimų, kurių niekas nenorėtų kelti. Šios trečios formos pratybų taisyklės numatytų, jog tolesnis teiginys apie Deividą yra galimas patvirtinti kaip teisingas (arba galimas paneigti kaip klaidingas), jeigu tas tolesnis teiginys

geriau (ar blogiau) negu jo negimas dera su jau įtvirtintais teiginiais, nes labiau patenkinamu būdu paaiškina, kodėl Deividas buvo toks, koks jis buvo, arba kodėl jis pasakė tai, ką pasakė, arba padarė tai, ką padarė, sutikdamas su tais jau įtvirtintais teiginiais. Iš tiesų literatūros kritika dažnai būna šioms trečios formos pratyboms, o ne kuriai nors iš kitų dviejų formų, artimesnės formos.

Galime įsivaizduoti atitinkamai skirtingas teisinės veiklos formas, įsivaizduodami vis švelnesnes pamatines teisės teiginių patvirtinimo ir paneigimo normas. Galime įsivaizduoti veiklą, panašią į pirmąją literatūrinių pratybų formą, kurios dalyviai patvirtina arba paneigia teisės teiginius, tik jei koks nors nustatytos kategorijos teisės leidėjas patvirtino arba paneigė būtent tuos teiginius arba teiginius, kurie sąlygoja šiuos teiginius. Tačiau taip pat galime įsivaizduoti veiklą, daug panašesnę į trečiosios formos pratybas, kai dalyviai patvirtina (arba paneigia) teiginius, kurie geriau (ar prasčiau) dera su politine teorija, teikiančia geriausią jau įtvirtintų teisės teiginių pateisinimą.

Klausimas, ar esama teisingo atsakymo į bet kokį konkretų teisės klausimą, esmingai priklausys nuo to, su kokia teisinės veiklos forma turima reikalų. Jeigu ji panaši į pirmosios formos literatūrines pratybas, tai klausimas, ar Tomo sudaryta sutartis yra teisėta, neturės teisingo atsakymo remiantis paprastais faktais, kuriuos sakiau esant privalomus esė pradžioje. Tačiau jeigu jis panašus į trečiąją pratybų formą, tas klausimas beveik garantuotai turės teisingą atsakymą, nes – dėl priežasčių, kurias išsamiau svarstysiu artimiausiame skirsnyje – labai neįtikėtina, jog vienas iš atsakymų nederės geriau ką tik aprašytąja prasme. Jeigu pozityvistas nori argumentuoti, jog tokiais kaip Tomo atvejais teisingo atsakymo nesama, tad reikia pasinaudoti teisėjo diskrecija, norima to ar ne, tai jis turi parodyti, jog mūsiškės teisinės praktikos yra panašios į pirmosios, o ne trečiosios formos literatūrines pratybas. (Nuošalyje palieku klausimą, ar pastaroji apskritai galiotų kaip pozityvistinis aiškinimas.) Tačiau tai, ar mūsų sistema yra panašesnė į pirmąją, o ne į trečiąją formą, yra fakto klausimas. Taigi net jeigu mes pripažįstame mano aprašytąjį bendrąjį teisės aiškinimą, anot kurio teisiniai teiginiai nėra tiesiogiai tei-

singi arba klaidingi kokio nors išorinio pasaulio atžvilgiu, o veikiau yra tokie teiginiai, kurių patvirtinimas (arba paneigimas) yra sankcionuojamas pamatinių normų, kurios įvairuoja priklausomai nuo praktikos, iš šios bendros teisės teorijos nekyla jokia išvada apie tai, kokiu mastu antroji tezės, jog teisingo atsakymo nesama, versija yra teisinga bet kokios konkrečios teisinės jurisdikcijos atžvilgiu (jei ji išvis teisinga).

Argumentas, grindžiamas kontroversija

Dabar apsvarstysiu argumentą, kurį manau buvus patį įtakingiausią ginant tezės, kad teisingo atsakymo nesama, antrąją versiją, nors šis argumentas ir ne visada buvo pripažintas ar aiškiai išdėstytas mintyse tų, kuriems jis turėjo įtakos. Šis argumentas gali būti pateiktas doktrinos forma, kurią vadinsiu įrodomumo teze. Ši tezė skelbia, jog jeigu teiginio negalima įrodyti esant teisingo po to, kai visi stiprieji faktai, kurie galėtų būti svarbūs jo tiesai, yra arba žinomi, arba privalomi, tai jis negali būti teisingas. Sakydamas „stiprieji faktai", turiu galvoje fizinius faktus ir faktus apie žmonių elgesį (įskaitant mintis ir nuostatas). Sakydamas „įrodyti", turiu galvoje – paremti argumentais taip, kad kiekvienas, supratęs kalbą, kuria suformuluotas tas teiginys, turėtų pripažinti jo tiesą arba jį būtų galima kaltinti iracionalumu.

Jeigu įrodomumo tezė teisinga, tai turi egzistuoti teisiniai klausimai, į kuriuos joks teisingas atsakymas negali būti pateiktas, nes nei teiginys, jog kokia nors dispozicinė samprata yra teisinga, nei teiginys, jog ji nėra teisinga, negali būti teisingas. Jeigu išmintingi teisininkai gali nesutarti, ar sekmadienį sudarytos sutartys yra šventvagiškos ta prasme, kuria apie tai kalba įstatymas, nes jie laikosi skirtingų pažiūrų į tai, kaip įstatymai, kuriuose yra miglotų terminų, turėtų būti interpretuojami ar išaiškinami, tai negali būti įrodyta, kad teiginys, jog Tomo sudaryta sutartis yra teisėta, yra teisingas, net kai visi faktai apie tai, ką įstatymų leidėjai turėjo galvoje, yra žinomi ar privalomi. Taigi pagal įrodomumo tezę jis negali būti teisingas. Tačiau

tas pat galioja teiginiui, jog Tomo sudaryta sutartis nėra teisėta. Kadangi nė vienas iš šių teiginį negali būti teisingas ir kadangi jie tariamai išsemia atsakymo galimybes, tai į šį klausimą teisingo atsakymo nesama.

Taigi įrodomumo tezė teikia tvirtą argumentą už antrąją tezės, kad teisingo atsakymo nesama, versiją. Tačiau kodėl turėtume pripažinti įrodomumo tezę? Ją, suprantama, pripažins tas, kuris savo metafizikoje laikosi griežtos formos empirizmo. Jeigu mes manome, kad joks teiginys negali būti teisingas kitaip kaip tik dėl kokio nors fakto, kuris jį daro teisingą, ir kad pasaulyje nesama kitokių faktų, išskyrus stiprius faktus, tai iš tokios metafizikos kyla įrodomumo tezė. Manyti, kad teiginys yra teisingas, net jei jo tiesa neįrodyta, kai visi stiprieji faktai yra žinomi arba privalomi, būtų racionalu tik tuomet, jei pasaulyje egzistuotų dar kažkas, dėl ko būtų įmanoma teigti, kad jis gali būti teisingas. Tačiau jeigu daugiau nieko nesama, tai teiginio negalima racionaliai manyti esant teisingo; jei stiprieji faktai negali padaryti jo teisingo, nebeliktų jokios vilties padaryti jį teisingą.

Tačiau jeigu vis dėlto tariame, jog pasaulyje, be stipriųjų faktų, esama dar kažko, dėl ko teisės teiginiai galėtų būti teisingi, tai įrodomumo tezė – ta forma, kuria ją išdėsčiau – turi būti neteisinga. Tarkime, pavyzdžiui, jog esama moralinių faktų, kurie nėra paprasčiausiai fiziniai faktai ar faktai apie žmonių mintis ar nuostatas. Noriu pasakyti ne tai, jog esama dalyko, kuris kartais vadinamas „transcendentiniais" ar „platoniškais" moraliniais faktais; išties nežinau, kas tai galėtų būti. Mano intencija tėra tarti, jog tam tikra socialinė institucija, tokia kaip vergovė, galėtų būti neteisinga ne dėl to, kad žmonės mano ją esant neteisingą arba turi konvencijas, pagal kurias ji yra neteisinga, ar pan., o tiesiog todėl, kad vergovė yra neteisinga. Jeigu tokių moralinių faktų esama, tai teisės teiginį būtų galima racionaliai tarti esant teisingą, net jei teisininkai ir toliau nesutaria dėl teiginio po to, kai visi stiprieji faktai yra žinomi arba privalomi. Jis galėtų būti teisingas moralinio fakto dėka, kuris nėra prieitas pažinimu ar privalomas.

Tad įrodomumo tezė atrodo priklausanti nuo atsakymo į klausimą, kas egzistuoja. Šioje esė ne mėginsiu padaryti įtikinamą idėją, jog egzistuoja moraliniai faktai, o pamėginsiu paremti idėją, jog egzistuoja tam tikri faktai šalia stipriųjų faktų. Šiuo tikslu noriu dar kartą grįžti prie trečiosios literatūrinių pratybų formos, kurią aprašiau ankstesniame skirsnyje. Dalyviai patvirtina teiginį apie Deividą kaip teisingą (arba paneigia jį kaip klaidingą), jeigu tas teiginys geriau (arba blogiau) negu jos neigimas dera su jau įtvirtintais teiginiais, nes labiau patenkinamu būdu paaiškina, kodėl Deividas padarė tai, ką padarė, arba pasakė tai, ką pasakė, arba manė tai, ką manė, sutikdamas su įtvirtintais teiginiais.

Pasitelkdamas šį pasakojimą, neturiu intencijos kelti klausimą, ar pramanyti asmenys kokia nors prasme yra realūs, kas įgalintų visus šiuos teiginius sakyti esant teisingus kokio nors asmens ar dalyko atžvilgiu. Kitaip tariant, aš neturiu intencijos įteigti, jog, be stipriųjų faktų, esama ir tokių faktų kaip tas, kad Deividas Koperfyldas Salemo namuose pirmiausia perskaitė *Hamletą*. Mano įsivaizduojamos literatūrinės pratybos nereikalauja šios prielaidos, kad būtų prasmingas užsiėmimas. Tačiau, manau, jos reikalauja prielaidos, jog esama naratyvinio nuoseklumo faktų, tokių kaip faktas, jog hipotezė, kad Deividas turėjo seksualinį ryšį su Styrfortu, teikia labiau patenkinamą paaiškinimą to, ką jis padarė ar galvojo vėliau, negu hipotezė, kad jis tų santykių neturėjo.

Tai, mano supratimu, ne stiprus faktas. Tai ne tos rūšies faktas, kurį – kad ir tik iš principo – būtų įmanoma įrodyti įprastais mokslininiais metodais. Kadangi niekas niekada nepatyrė būtent tokios istorijos ir neturėjo tokio charakterio, kurį Dickensas pasakė turėjus Deividą, mes negalėtume pateikti įprastinių tikėtinumo argumentų, net jei būtų žinomos visos realių žmonių istorijos, – argumentų, kurie būtinai įtikins bet kokį racionalų žmogų pripažinti arba atmesti tą hipotezę. Kai kuriais atvejais argumentas už tam tikrą teiginį, be abejo, bus toks stiprus, kad turėsime pasakyti, jog kiekvienas dalyvis, kuris nesutiko su tuo teiginiu, buvo nekompetentingas pratybų dalyvis. Kitais atvejais mes visai neturėtume šito sakyti; turėtume sakyti, jog

tiek daug galima pasakyti abiejose pusėse, jog kompetentingi dalyviai galėtų nesutarti, nenusižengdami nuosaikumui.

Tarkime, jog pratybos vyksta pakankamai sėkmingai. Dalyviai dažnai sutaria ir net, kai nesutaria, supranta argumentus abiejose pusėse pakankamai gerai, kad galėtų kiekvieną jų kompleksą išrikiuoti, pavyzdžiui, apytikre įtikimumo tvarka. Dabar tarkime, jog grupės užsiėmimuose apsilanko filosofas empiristas ir jiems pasako, jog tokio dalyko kaip naratyvinio nuoseklumo faktai nesama arba kad bet kuriuo atveju tokių faktų nesama, kai išmintingi žmonės gali nesutarti dėl to, kokie tie faktai yra. Jis priduria, jog dėl to niekas negali turėti jokio pagrindo manyti, atsiliepdamas į pratybų nuostatas, kad argumentas, jog Deividas turėjo romaną su Styrfortu, yra stipresnis už argumentą, kad jis to romano neturėjo. Kodėl juos turėtų įtikinti tai, ką jis sako? Šis atvejis nėra toks kaip Dummetto pateikiamas pavyzdys apie Charleso šaunumą, kurį minėjau anksčiau. Dalyviai turi priežasčių vienam teiginiui teikti pirmenybę kito atžvilgiu ar bent jau mano jų turį ir net, kai jie nesutaria, kiekvienas iš jų mano, jog jis gali atskirti atvejus, kada jo oponentai turi tikrus motyvus savo pusėje, nuo atvejų, kada jie neturi tokių motyvų. Jeigu jie visi suklydo, ir jokių priežasčių nesama, sunku suprasti, kodėl jie mano turį pagrindą ir kaip jų veikla galėjo būti tokia sėkminga, kokia buvo.

Be to, filosofo argumentą darytų nepatikimą štai koks samprotavimas. Labai tikėtina, kad, paprašytas dalyvauti pratybose, jis įsitikins, bent jau valandėlę pasiklausęs grupės kalbėjimo, kad jis ir pats turės įsitikinimų dėl naratyvinio nuoseklumo ir kad pats galės pateikti argumentų, kuriuos kiti pripažįsta argumentais, ir t. t. Tačiau kaip jis gali sakyti, jog yra įsitikinęs, kad Deividas turėjo romaną su Styrfortu, ir motyvuoti tą įsitikinimą ir vis tiek laikytis nuomonės, jog niekas negali turėti motyvų tokiam įsitikinimui pagrįsti arba kad visi tokie įsitikinimai yra iliuziniai?

Tarkime, jog jis sako, kad nors yra tiesa, jog jis ir kiti dalyviai turi tokių įsitikinimų, jie jų turi tik kaip dalyviai, todėl nepriklausomam stebėtojui ar kritikui būtų visiškai neįmanoma sakyti, jog vieno dalyvio įsitikinimai yra pranašesni už kito įsitikinimus. Ar nepriklausomas

stebėtojas ar kritikas pats turėtų įsitikinimų, jei taptų dalyviu, net kontroversiškais atvejais? Jeigu ne, tai dalyviai ne be pagrindo abejos, ar jis yra pajėgus vertinti jų debatus. Tačiau jeigu turėtų, tai pasvarstęs jis prieitų nuomonę, jog kai kurie iš dalyvių turi geresnių argumentų – būtent tie, kuriems jis pritartų. Kodėl jis turėtų prarasti tą įsitikinimą ir motyvus jam paremti, kai pasitraukia iš ginčo ir vėl prisiima kritiko vaidmenį? Žinoma, savo įsitikinimų jis negali pagrįsti įrodymais nei kaip dalyvis, nei kaip kritikas – lygiai taip pat, kaip ir kiti dalyviai. Tačiau tas faktas, jog kritikas laikosi tokios nuostatos, yra ne geresnis argumentas už įrodomumo tezę nei faktas, jog dalyvis nesilaiko tokios nuostatos.

Dabar galime pradėti filosofo puolimą sakydami, kad ligšiolinės veiklos sėkmės faktas yra pagrindas tarti, jog esama naratyvinio nuoseklumo faktų, dėl kurių dalyviai ir ginčijasi. Jis galėtų paprieštarauti šiam argumentui štai kaip: jis galėtų pamėginti parodyti, jog faktą, kad konkretus dalyvis laikosi tam tikro įsitikinimo dėl naratyvinio nuoseklumo, galima patenkinamai paaiškinti atsižvelgiant vien tik į paties dalyvio asmenybę, polinkius ir istoriją, taigi, jog norint paaiškinti jo įsitikinimus, nėra reikalo suponuoti kokį nors objektyvų faktą, į kurį jis atsiliepia, – taip, kaip mes paprastai suponuojame objektyvius faktus aiškindami, kodėl žmonės laikosi tam tikrų įsitikinimų dėl stipriųjų faktų. Neaišku, kaip jis galėtų tai suvokiamai parodyti. Gal jis galėtų sukurti mašiną, kuri būtų pajėgi be galo tiksliai numatyti, koks būtų dalyvio įsitikinimas bet kokiu galimu klausimu dėl Deivido, įprogramavus į ją labai specifinę informaciją apie dalyvio kraujo chemines savybes. Žinoma, labai spekuliatyvu tarti, jog jeigu tokia mašina būtų sukurta, ji pateiktų tokias prognozes šių literatūrinių pratybų atveju, tačiau jų nepateiktų, pavyzdžiui, ir astronomų, kurie ginčijasi dėl Jupiterio mėnulių skaičiaus, atveju. Jeigu įrodomumo tezė priklauso nuo spekuliacijos, anot kurios tokia mašina duotų teigiamų rezultatų vienu atveju, bet ne kitu, tai ji remiasi į labai nepatvarų pamatą.

Vis dėlto tarkime, kad tokia mašina galėtų būti sukonstruota ir kad ji teiktų tą išskiriamąją informaciją apie literatūrinę veiklą. Kokios

išvados dabar darytinos? Filosofas galėtų būti teisus darydamas išvadą, kad literatūrinės pratybos buvo ypatinga veikla štai kokia prasme: daugelyje veiklų, įskaitant eksperimentinius mokslus, dalyviai yra išlavinti reaguoti į savo išorinio pasaulio stebėjimo rezultatus tokiu būdu, kuris, kaip mes tariame, ugdo mūsų kolektyvinį pasaulio pažinimą. Literatūrinių pratybų dalyviai yra išlavinti reaguoti į tam tikrus labai specifiškai suformuluotus klausimus, kurių, kaip tariamai įrodė mašina, negalima sakyti esant apie išorinį pasaulį. Jie yra išmokę savo atliepį palenkti refleksijos ir nuoseklumo disciplinoms, o tada teikti tam tikrus teiginius, kuriuos jų išsilavinimas sankcionuoja su taip disciplinuojamo atliepio sąlyga. Šitaip išlavintų dalyvių veikla tarnauja kokiam nors kitam tikslui, ne mūsų kolektyvinio išorinio pasaulio pažinimo ugdymui – galbūt rekreacijai arba kultūriniam tikslui.

Tarkime, jog iš tikrųjų įmanoma padaryti perskyrą – arba įmanoma kokia nors rafinuotesnė jos versija – tarp tokių veiklų kaip astronomija ir literatūriniai žaidimai. Tai būtų svarbus atradimas, ir mes, be abejo, turėtume siekti šį skirtumą kaip nors pažymėti. Tarkime, kad filosofas teigia, jog dėl šio skirtumo mes neturėtume sakyti, kad teiginiai, patvirtinami literatūrinių pratybų dalyvių, gali būti arba teisingi, arba klaidingi. Jeigu jis paaiškintų šiuo būdu norįs pažymėti svarbią perskyrą, mes galėtume sutikti arba galėtume nesutikti, kad suvaržymas, kurį jis siūlo, yra deramas būdas tai padaryti. Tačiau turime būti apdairūs ir nusistatyti, kokios išvados neturi būti daromos iš sprendimo tuo būdu suvaržyti terminų „teisinga“ ir „klaidinga“ vartojimą.

Pavyzdžiui, negalima daryti išvados, kad dalyviai neturi pagrindo vieną sprendimą dėl naratyvinio nuoseklumo laikyti pranašesniu už kitą, kai nesutaria, kuris yra pranašesnis. Jie vis tiek turi būtent tą pagrindą, kurį ši veikla moko juos pripažinti – jų disciplinuoto ir reflektyvaus atliepio į atskirus klausimus, kuriuos ši veikla iš jų reikalauja kelti, faktą. Filosofas galėtų tai pripažinti, tačiau tada pasakyti, jog jie turi pripažinti, kad veikla, kuri juos skatina daryti šios rūšies sprendimus, yra pagrįsta iliuzija. Tačiau jeigu jų užsiėmimas

atlieka savo paskirtį, kad ir kokia ši būtų, kokia reforma, atsižvelgianti į tai, ką jis sako, būtų pateisinama? Jeigu nebūtų pateisinama jokia reforma, kokia gi yra toji iliuzija?

Mūsų filosofas galėtų pasakyti, jog iliuzinė yra prielaida, kad faktai apie naratyvinį nuoseklumą yra išorinio pasaulio dalis ta pačia prasme, kuria faktai apie geležies svorį yra pasaulio dalis. Tačiau dalyviai tikrai nemano, kad naratyvinis nuoseklumas yra tos pačios rūšies dalykas kaip geležies svoris arba kad tai yra išorinio pasaulio dalis nors kiek panašia prasme kaip geležies svoris. Filosofas gali pasakyti, jog jie mano, kad jų sprendiniai dėl naratyvinio nuoseklumo yra objektyvūs, nors dabar įrodyta, jog jie – grynai subjektyvūs. Tačiau jo paties teorija neleidžia kontroliuoti šios senovinės perskyros tvirtinamo skirtumo. Kad ir kokią prasmę turėtų teiginiai apie naratyvinį nuoseklumą, jiems tą prasmę suteikia veikla, lavinanti dalyvius tokius teiginius teikti ir atsakyti į juos. Filosofo teiginys, kad vieno motyvai yra ne geresni – neteikia pranašesnės garantijos jo teiginiui – negu kito motyvai, yra teiginys, kurį įmanoma teikti tik iš veiklos *vidaus*. Iš veiklos vidaus žvelgiant (išskyrus veiklą tam tikromis aplinkybėmis, kurias svarstysiu netrukus) tas teiginys yra paprasčiausiai klaidingas arba, jeigu nusprendžiame vengti šio žodžio, paprasčiausiai be garantijų. Žinoma, mūsų filosofas gali sakyti, kad šitaip sukonstruota institucija yra kvaila, ir šitai gali būti tiesa arba ne. Ar taip yra, priklausys nuo to, ar veikla, imant ją kaip visumą, tarnaus kokiam nors vertingam tikslui ir ar tarnaus jam geriau, nei tarnautų peržiūrėta tos veiklos forma.

Taigi trečioji literatūrinių pratybų forma yra veikla, kelianti rūpesčių įrodomumo tezei. Ankstesniame skirsnyje sakiau, jog mūsiškė teisinė sistema galėtų būti panaši į šią literatūrinių pratybų formą. Išties kitur esu pasiūlęs bylų sprendimo teoriją, kuri remia štai kokį mūsų teisinės veiklos aprašymą.[86] Teisės teiginys, toks kaip teiginys, kad Tomo sudaryta sutartis yra teisėta, yra teisingas, jeigu geriausias įmanomas teisės teiginių, laikomų nusistovėjusiais, rinkinio pateisinimas teikia geresnę argumentaciją už tą teiginį, o ne už priešingą teiginį – jog Tomo sudarytoji sutartis yra neteisėta, tačiau yra klaidinga, jeigu

tas pateisinimas teikia geresnę argumentaciją už tą priešingą teiginį. Esama svarbių skirtumų tarp nuoseklumo idėjos, naudojamos šiame teisinio samprotavimo aiškinime, ir naratyvinio nuoseklumo idėjos, naudojamos literatūrinėse pratybose. Teisinis samprotavimas naudoja normatyvinio nuoseklumo idėją, kuri yra akivaizdžiai sudėtingesnė nei naratyvinio nuoseklumo ir gali būti suprantama kaip teikianti naujus pagrindus subjektyvizmo teiginiams. Vis dėlto šis palyginimas gali padėti paaiškinti, kodėl prasminga tarti, kad galėtų egzistuoti teisingas atsakymas į klausimą, ar Tomo sudaryta sutartis yra teisėta, net kai šio atsakymo negalima įrodyti.

Šis palyginimas yra pravartus taip pat ir kitu atžvilgiu. Jis mums padeda suprasti, kodėl, nors ir atmetame įrodomumo tezę, taigi ir idėją, kad teisingo atsakymo nesama visuomet, kai to teisingo atsakymo negalima įrodyti, vis tiek galėtų būti prasminga sakyti, jog teisingo atsakymo į teisės klausimą nesama tam tikrais labai ypatingais atvejais. Tam tikromis aplinkybėmis, netgi trečiosios formos literatūrinių pratybų atveju, deramu dalyvių elgesiu galėtų būti laikomas nesutikimas patvirtinti arba kad Deividas turėjo tam tikrą savybę, arba kad jos neturėjo. Tarkime, kad iškeliamas klausimas, ar Deivido kraujas buvo A grupės, ar ne, ir nesama jokio pagrindo manyti, jog būtų buvę labiau tikėtina, kad berniuko su ta kraujo grupe istorija ir charakteris būtų buvęs toks, kokį Deividui skyrė Dickensas, negu berniuko su bet kuria kita kraujo grupe. Teiginys, kad Deivido kraujas buvo A grupės, nėra miglotas; mes galime pasakyti, jog bet kurio istorinio berniuko kraujas arba būtų buvęs A grupės, arba ne, ir kad į klausimą, ar jo kraujas buvo tos grupės, esama teisingo atsakymo, net jei mes to niekuomet nesužinosime. Tačiau literatūrinių pratybų teiginių patvirtinimo sąlygos neleidžia to sakyti apie Deividą; atrodo prasmingiau, paisant tų sąlygų, sakyti, jog nors teiginys, kad jo kraujas buvo tos grupės, nėra teisingas, teiginys, kad jo kraujas nebuvo A grupės, taip pat nėra teisingas. Tokiu atveju pagrindą sakyti, jog teisingo atsakymo į tą klausimą nesama, teikia ne kokia nors išorinė veiklos kritika arba kokia nors išorinė filosofinė pozicija, tokia kaip įrodomumo tezė. Pagrindas yra tiesiog tas, jog šitai yra tei-

singas atsakymas, *išsitenkantis* pačios veiklos sąlygų teikiamoje erdvėje. Galime įsivaizduoti nesutariant neperžengiant pačios veiklos ribų dėl to, ar kiekvienu konkrečiu atveju tas atsakymas yra teisingas atsakymas. Viena iš šalių gali sakyti, jog esama pagrindo manyti, kad dėl tos priežasties yra labiau tikėtina, jog tokių berniukų kaip Deividas kraujas būtų buvęs A grupės, o kita – jog esama pagrindo manyti, kad labiau tikėtina, jog jų kraujas nebūtų buvęs tos grupės, o trečia – jog arba nesą pagrindo teigti nei vieną, nei kitą alternatyvą arba jog kad ir kokios priežastys būtų skatinusios tai teigti, jos būtų buvusios tokios lygiasvorės, kad būtų buvęs neįmanomas joks prasmingas pasirinkimas.

Situacijos, kai dalyviai jaustų pagundą sakyti, jog nebūta teisingo atsakymo į kokį nors klausimą apie Deividą, būtų dviejų motyvacinių argumentų funkcija. Pirmasis – romano apimtis, o tiksliau informacijos, kurią Dickensas faktiškai pateikė, gilumas. Antrasis – klausimo pobūdis. Jeigu tai klausimas apie ypatumą, kuris atsitiktiniu dažnumu pasiskirstęs tarp gyventojų – dėl ko tas faktas, jog berniukas turi tas specifines charakteristikas, kurias aprašė Dickensas, nepriklausomai nuo to, kiek informatyvus yra tas aprašymas, negali turėti daug reikšmės klausimui, ar jis turėjo rūpimąjį bruožą, – tai labiau tikėtina, kad tas klausimas neturės teisingo atsakymo.

Ar galime įsivaizduoti klausimus, galimus iškelti teisinės sistemos viduje, kurie neturėtų teisingo atsakymo dėl tos pačios priežasties? Šitai, žinoma, turi priklausyti nuo teisinės sistemos, tačiau tai priklauso ir nuo to, kaip mes suprantame ir išplečiame ką tik paminėtą teiginį, kad teisės teiginys yra pagrįstas, jeigu jis figūruoja geriausiame įmanomame nusistovėjusiomis laikomų teisinių teiginių rinkinio pateisinime. Aš teigiu, jog esama dviejų dimensijų, pagal kurias turi būti sprendžiama, ar teorija teikia geriausią turimos teisinės medžiagos pateisinimą: dermės dimensijos (*the dimension of fit*) ir politinės moralės dimensijos.[87] Dermės dimensija suponuoja, jog viena politinė teorija yra *pro tanto* geresnis pateisinimas negu kita, jeigu, bendrai kalbant, tas, kuris laikytųsi tos teorijos, jai tarnaudamas išleistų daugiau tokių normų, kurios yra įtvirtintos, negu išleistų tas, kuris laikytųsi

kitos teorijos. Dvi skirtingos teorijos tikrai gali teikti vienodai gerus pateisinimus, pagal tą dimensiją, nebrandžiose teisinėse sistemose, turinčiose nedaug nusistovėjusių normų, arba teisinėse sistemose, prižiūrinčiose tik kai kuriuos savo piliečių elgesio aspektus. Tačiau modernioje, išplėtotoje ir sudėtingoje sistemoje apriorinė tos rūšies lygiųjų tikimybė yra labai maža. Lygus rezultatas yra įmanomas bet kokioje sistemoje, tačiau jis bus toks retas, kad šiose sistemose bus egzotiškas. Nenoriu pasakyti, jog bus reta atvejų, kad teisininkai nesutartų dėl to, kuri teorija teikia – net pagal tą dimensiją – geresnį pateisinimą. Manau, reti bus atvejai, kad daugelis teisininkų sutartų, jog nė viena iš jų su teisės visuma nedera geriau už kitą.

Antroji dimensija – politinės moralės – suponuoja, jog jeigu du pateisinimai vienodai gerai dera su teisine medžiaga, vienas iš jų vis tiek teikia geresnį pateisinimą negu kitas, jei yra pranašesnis politinės ar moralės teorijos atžvilgiu; kitaip tariant, jeigu jis labiau priartėja prie suvokimo teisių, kurias žmonės iš tiesų turi.[88] Šios antrosios dimensijos galimumas daro dar mažiau tikėtina, kad koks nors konkretus atvejis neturės jokio teisingo atsakymo. Tačiau antrosios dimensijos galia – ir jos kuriamo neaiškumo pobūdis – bus ginčo dalykas, nes teisininkai, kurie laikosi skirtingų tipų moralės teorijos, skirtingai vertins šiuos dalykus. Tiesaus būdo moraliniai skeptikai tvirtins, jog antroji dimensija nieko nepriduria, nes jokia teorija politinės moralės atžvilgiu nėra pranašesnė už bet kurią kitą. Jeigu koks nors atvejis neturi teisingo atsakymo paisant vien pirmosios dimensijos, tai tas atvejis neturi teisingo atsakymo *tout court*. Tuo tarpu tas, kuris laikosi senamadiškos malonumo ir skausmo sąvokomis pagrįstos utilitarinės teisių teorijos, manys esant neįtikėtina, kad dvi teorijos, pakankamai skirtingos, kad reikalautų skirtingų sprendimų bet kokiu konkrečiu atveju, gaus vienodą pažymį pagal antrąją dimensiją. Jis pripažins teorinę galimybę, kad du skirtingi moralinių normų kompleksai galėtų turėti lygiai tokias pačias malonumo ir skausmo pasekmes ilgalaikėje perspektyvoje; tačiau jis manys, kad ta galimybė yra tokia menka, kad praktikoje jos galima nepaisyti.

Kai kurių teisių teorijų atveju bus problemiška tai, ar esama net ir

teorinės galimybės atvejo, kai nesama teisingo atsakymo. Įsivaizduokime teisėmis pagrįstą politinės moralės teoriją, kuri siekia tam tikras individualias teises išvesti iš kokios nors menamos absoliučios teisės būti traktuojamam kaip lygiam, t. y. su vienodu rūpesčiu ir pagarba. Du teisininkai, kurie pripažįsta tą bendrą teoriją, gali laikytis skirtingų to, kas laikytina vienoda pagarba, koncepcijų. Ar gali trečias teisininkas įtikinamai manyti, jog nė vienas iš jų nėra teisus, nes viena pagarbos koncepcija yra lygiai tokia pat gera kaip ir kita? Kai suvokiame senamadiško utilitaristo idėjas, galime suprasti, kodėl jo sistemos viduje prasminga suponuoti lygiąsias tarp dviejų aktų ar dviejų normų, ar principų. Jų galia būtų lygi, jeigu kiekvienas iš jų teiktų lygiai tokį patį pozityvų malonumo balansą. Tačiau nėra taip paprasta suprasti, kaip kas nors galėtų pripažinti bendrą vienodos pagarbos teorijos idėją ir vis tiek tvirtinti ne kad jis nėra tikras, kuri koncepcija yra pranašesnė, bet kad nė viena nėra pranašesnė. Atrodo, kad čia nesama jokios erdvės įprastinei lygiųjų idėjai. Jeigu sunkiojoje byloje nesama teisingo atsakymo, šitaip turi būti dėl problemiškesnio neaiškumo ar nepalyginamumo, su kuriuo susidurta moralinėje teorijoje, tipo.

Taigi klausimas, ar nesama atvejų, kai tam tikroje jurisdikcijoje teisingo atsakymo nesama – ir ar tokie atvejai yra reti, ar jų gausu, – nėra paprastas empirinis klausimas. Aš manau, kad tokie atvejai, jeigu jie iš viso egzistuoja, turi būti nepaprastai reti Jungtinėse Valstijose ir Didžiojoje Britanijoje. Tas, kuris šitai ginčija, negali – jeigu šios esė argumentai yra teisingi – pagrįsti savo argumentų paprasčiausiai remdamasis įrodomumo teze ar kitais *a priori* argumentais, svarstytais anksčiau. Tačiau neįtikėtina ir tai, kad jam pavyks rasti realių pavyzdžių tokių atvejų, kai teisingo atsakymo nesama, byla po bylos tiriant teisės ataskaitas. Kiekvienoje bylos ataskaitoje yra nuomonė, teigianti, kad viena iš pusių pasvėrus turi geresnių teisinių argumentų. Kai kuriose bylose yra ir atskiroji nuomonė, tačiau šitai yra taip pat argumentas, kad viena iš šalių turi geresnių argumentų. Gal tiek daugumos, tiek mažumos nuomonės yra klaidingos: gal kokia nors teisinės ir filosofinės analizės kombinacija gali parodyti, jog

šiuo konkrečiu atveju nė vienos iš šalių argumentai pasvėrus nėra stipresni nei kitą pusę ginantys argumentai. Tačiau be galo neįtikėtina, jog argumentas, kad taip yra kokiu nors konkrečiu atveju, įtikins visus teisininkus. Bet kokia byla, kuria kaip pavyzdžiu remiasi vienas mokslininkas, bus ginčijama kitų.

Todėl argumentas, kad aš esu neteisus, turi būti filosofinis argumentas. Jis turi ginčyti mano prielaidą, kad sudėtingoje ir visa apimančioje teisinėje sistemoje yra apriorišKai neįtikėtina, kad dviejų teorijų nuostatos nesutars tiek, kad reikalautų skirtingų atsakymų tam tikru atveju, ir vis dėlto vienodai gerai derės su rūpima teisine medžiaga. Jis, tas filosofinis argumentas, turi teikti ir ginti kokią nors skepticizmo idėją arba neaiškumo moralinėje teorijoje idėją, kuri daro įtikimą prielaidą, kad nė vienai iš tokių teorijų negalėtų būti atiduota pirmenybė kitos atžvilgiu politinės moralės pagrindais. Aš nemanau, kad koks nors tokio pobūdžio argumentas buvo pateiktas, bet tikrai neparodžiau, kad joks tokio pobūdžio argumentas negalėtų būti pateiktas.

6. Kuo teisė panaši į literatūrą*

Įrodinėsiu, kad teisinė praktika yra interpretacinė veikla ne tik tuomet, kai teisininkai interpretuoja konkrečius dokumentus ar įstatymus, bet apskritai. Taip suvokiama teisė yra giliai ir iš pagrindų politiška. Teisininkai ir teisėjai negali išvengti politikos plačiąja politinės teorijos prasme. Tačiau teisė nėra asmeninės ar šališkos politikos dalykas, ir teisės kritika, kuri nesupranta šio skirtumo, teiks varganą supratimą ir dar varganesnes gaires. Aš teigiu, kad mes galime patobulinti savo teisės supratimą, teisinę interpretaciją gretindami su interpretacija kitose pažinimo srityse, konkrečiai literatūros srityje. Aš taip pat tikiuosi, kad teisė, geriau ją supratus, padės geriau suvokti, kas apskritai yra interpretacija.

TEISĖ

Centrinė analitinės jurisprudencijos problema yra ši: kokia prasmė turėtų būti teikiama teisės teiginiams? Turiu galvoje tuos įvairius pareiškimus, kuriuos teisininkai teikia skelbdami, kokia yra teisė vienu ar kitu klausimu. Teisės teiginiai gali būti labai abstraktūs ir bendri, kaip teiginys, kad Jungtinių Valstijų valstijos, teikdamos pamatines paslaugas piliečiams, negali vykdyti diskriminacijos remdamosi rasiniais pagrindais, arba pakankamai konkretūs, tokie kaip teiginys, jog tas, kuris normaliame verslo procese priima čekį, nieko neįtar-

* Pastaba. Pirmą kartą publikuota *Critical Inquiry,* 1982 m. rugsėjį. Perspausdinta kn. W. J. T. Mitchell, ed., *The Politics of Interpretation* (Chicago and London: Chicago University Press, 1983). © Ronald Dworkin.

damas dėl šio galiojimo problemiškumo, turi teisę išsireikalauti pinigų iš čekio savininko; arba labai konkretūs, kaip teiginys, jog poniai X taikytina atsakomybė dėl nuostolių, padarytų ponui Y už 1150 JAV dolerių sumą, nes jis paslydo ant jos apledėjusio šaligatvio ir susilaužė šonkaulį. Kiekvienu iš šių atvejų kyla galvosūkis. Apie ką iš tikrųjų kalba teisės teiginiai? Kas galiausiai daro juos teisingus arba neteisingus?

Šis galvosūkis kyla dėl to, kad teisės teiginiai atrodo deskriptyvūs – jie yra apie tai, kaip viskas yra teisėje, o ne apie tai, kaip viskas turėtų būti, – ir vis dėlto patirtis rodo, jog be galo sunku pasakyti, kas yra tai, ką jie nusako. Teisiniai pozityvistai mano, kad teisės teiginiai iš tikrųjų yra grynai deskriptyvūs: jie yra istorijos fragmentai. Teisės teiginys, jų požiūriu, yra teisingas tik tuo atveju, jei yra įvykęs tam tikras apibrėžto pobūdžio įstatymų leidybos įvykis, o priešingu atveju – ne. Šitai iš pažiūros veikia pakankamai gerai labai paprastais atvejais. Jeigu Ilinojaus legislatūra suteikia įstatymo galią žodžiams „Joks testamentas negalioja nesant trijų liudininkų“, tai teisės teiginys, jog Ilinojaus valstijoje testamentui privalomi trys liudytojai, atrodo esantis teisingas tik dėl to istorinio įvykio.

Tačiau sunkesniais atvejais ši analizė neduoda norimų rezultatų. Apsvarstykime teiginį, kad tam tikra pozityvaus veiksmo schema (dar neišmėginta teismuose) yra konstituciškai teisėta. Jeigu tai teisinga, taip negali būti tiesiog dėl Konstitucijos teksto ir ankstesnių teismo sprendimų, nes racionalūs teisininkai, tiksliai žinantys, ką sako Konstitucija ir ką yra padarę teismai, vis vien gali nesutarti, ar tai teisinga. (Aš abejoju net tuo, jog pozityvistų analizė galioja net ir paprastoje testamento byloje; tačiau tai kitas klausimas, kurio čia negvildensiu.)

Kokių kitų galimybių esama? Galima tarti, jog kontroversiški teisės teiginiai, tokie kaip pozityviojo veiksmo deklaracija, apskritai nėra deskriptyvūs, o veikiau yra išraiškos, nurodančios, kokios teisės kalbėtojas nori. Kita galimybė yra ambicingesnė: kontroversiški pareiškimai yra mėginimai aprašyti tam tikrą gryną objektyvią ar prigimtinę teisę, kuri egzistuoja objektyvios moralinės tiesos dėka, o ne istorinio sprendimo dėka. Abu šie projektai mažų mažiausiai kai

kuriuos teisinius pareiškimus laiko grynai vertinamaisiais (kurių priešingybė – aprašomieji pareiškimai): jie išreiškia arba tai, kam kalbėtojas teikia pirmenybę, – jo asmenines politines nuostatas, – arba tai, ko, jo įsitikinimu, objektyviai reikalauja idealios politinės moralės principai. Nei vienas, nei kitas projektas nėra įtikinamas, nes tas, kuris sako, kad tam tikras nepatikrintas pozityviojo veiksmo planas yra konstitucinis, iš tikro turi intenciją apibūdinti teisę tokią, kokia ji yra, o ne tokią, kokios jos norėtų ar kokia ji, jo manymu, turėtų būti pagal geriausią moralinę teoriją. Jis galėtų pasakyti, jog apgailestauja, kad tas planas yra konstitucinis, ir mano, jog pagal geriausią moralinę teoriją jis neturėtų toks būti.

Esama geresnės alternatyvos: teisės teiginiai nėra tik teisės istorijos tiesioginis aprašymas, taip pat nėra tik vertinamieji kokia nors prasme, atsieta nuo teisės istorijos. Jie interpretuoja teisės istoriją, o tame dera tiek deskripcijos, tiek vertinimo elementais, tačiau tai skiriasi tiek nuo viena, tiek nuo kita. Ši prielaida bus priimtina, bent jau iš pirmo žvilgsnio, daugeliui teisininkų ir teisės filosofų. Jiems įprasta sakyti, jog teisė yra interpretacijos dalykas; bet galbūt tik dėl to, kad interpretaciją jie supranta tam tikra prasme. Kai kokia nors įstatymo (arba Konstitucijos) vieta yra neaiški – dėl to, kad koks nors esminės svarbos terminas yra miglotas arba dėl to, kad sakinys yra dviprasmiškas, teisininkai sako, jog tą įstatymą reikia interpretuoti, ir taiko tai, ką vadina „įstatymo aiškinimo metodais“. Didžioji dalis literatūros taria, jog tam tikro dokumento interpretacija yra to, ką autoriai (teisės kūrėjai arba konstitucinio konvento delegatai) norėjo pasakyti pavartodami tuos žodžius, kuriuos pavartojo, nustatymo dalykas. Tačiau teisininkai pripažįsta, jog dėl daugelio klausimų autoriai neturėjo jokios intencijos, palankios vienai arba kitai alternatyvai, ir kad kitais klausimais jo intencijos neįmanoma nustatyti. Kai kurie teisininkai laikosi skeptiškesnės pozicijos. Jie sako, jog visuomet, kai teisėjai pretenduoja atskleidžią intenciją, motyvavusią kokį nors įstatymų leidybos aktą, tai tėra migla, kuria teisėjai prisidengia tvirtindami savo pačių pažiūrą apie tai, koks tas įstatymas būtų turėjęs būti.

Interpretacija kaip teisinės analizės metodas yra ne tokia įprasta bendrosios teisės atveju, tačiau nėra visai neįprasta. Tarkime, kad Ilinojaus Aukščiausiasis teismas prieš keletą metų nutarė, jog neatidžiam vairuotojui, kuris suvažinėjo vaiką, turi būti taikoma teisinė atsakomybė dėl emocinės žalos, kurią patyrė to vaiko motina, stovėjusi šalia vaiko kelyje. Dabar ieškinį prieš kitą nerūpestingą vairuotoją dėl patirtos emocinės žalos pateikia teta, kuri, būdama už daugelio mylių nuo nelaimingo įvykio vietos, telefonu sužinojo, jog buvo partrenktas jos sūnėnas. Ar teta turi teisę gauti kompensaciją už tą žalą? Teisininkai dažnai sako, kad šitai yra ankstesnio sprendimo teisingo interpretavimo dalykas. Ar teisės teorija, kuria iš tikrųjų remėsi ankstesnis teisėjas, darydamas savo sprendimą apie motiną kelyje, implikuoja atvejį tetos, informuojamos telefonu? Skeptikai ir vėl pažymi, jog yra menkai tikėtina, kad ankstesnis teisėjas turėjo omenyje išvis kokią nors teoriją, pakankamai išplėtotą, kad vienaip arba antraip išspręstų tetos atvejį, taigi – jog teisėjo atliekamas ankstesnio sprendimo „interpretavimas" iš tikrųjų yra naujos teisės kūrimas – tokios, kokią jis ar ji mano būsiant geriausią.

Tačiau interpretacijos idėja negali būti pravarti kaip bendras teisės teiginių esmės ar tiesos vertės aiškinimas, jeigu ją atsiejame nuo šių asociacijų su kalbėtojo ketinimu ar intencija. Tuomet ji tampa tiesiog viena iš pozityvisto tezės versijų – tezės, kad teisės teiginiai nusako sprendimus, žmonių ar institucijų priimtus praeityje. Jeigu interpretacijos idėja turi teikti kitokios ir įtikimesnės teorijos apie teisės teiginius pamatą, tai mes turime išplėtoti talpesnės reikšmės aiškinimą, kas yra interpretacija. Tačiau tai reiškia, kad teisininkai turi netraktuoti teisinės interpretacijos kaip *sui generis* veiklos. Interpretaciją turime studijuoti kaip visuotinę veiklą, kaip pažinimo būdą, įsižiūrėdami į kitus tos veiklos kontekstus.

Teisininkai neapsiriktų pasidomėdami literatūrinėmis ir kitomis meno interpretacijos formomis. Šis patarimas gali atrodyti prastas (nuo vilko ant meškos užbėgti), mat patys kritikai yra iš pagrindų susiskaldę dėl to, kas yra literatūros interpretacija, o ir kitose meno srityse situacija vargu ar geresnė. Tačiau būtent todėl teisininkai ir

turėtų studijuoti šias diskusijas. Ne visi mūšiai literatūros kritikos srityje yra pamokomi ar netgi suvokiami, tačiau literatūros srityje buvo ginama daug daugiau interpretacijos teorijų nei teisės srityje, ir šios teorijos apima tokias, kurios abejoja paprasta aprašymo ir vertinimo perskyra – perskyra, kuri buvo kone apsėdusi teisės teoriją.

LITERATŪRA

Estetinė hipotezė

Tačiau jeigu teisininkai nori turėti naudos iš teisinės ir literatūros interpretacijos sugretinimo, pastarąją jie turi suprasti tam tikru būdu, ir šiame skirsnyje pamėginsiu nusakyti, ką turiu galvoje. (Aš norėčiau, kad pastabos, kurias netrukus išdėstysiu, tarp literatūros mokslininkų perteiktų neginčijamus dalykus, tačiau vargu, ar tokių esama.) Su antraštėmis „interpretacija" ir „hermeneutika" literatūros studijose daroma daug dalykų, ir daugelis jų taip pat vadinami ir „teksto reikšmės atskleidimu". Manęs nedomins – nebent atsitiktinai – vienas iš dalykų, kuriuos daro tie tyrėjai, būtent mėginimai nustatyti reikšmę, kuria koks nors autorius vartojo tam tikrą žodį ar frazę. Mane labiau domina teiginiai, teikiantys kokią nors kūrinio kaip visumos reikšmės interpretaciją. Šie teiginiai kartais yra teiginių apie veikėjus formos: pavyzdžiui, jog iš tikrųjų Hamletas mylėjo savo motiną arba kad iš tikrųjų jis jos nekentė, arba kad iš tikrųjų nebuvo jokios šmėklos, o vien pats šizofreniškai susidvejinęs Hamletas. Arba – apie užsceninius pasakojamosios istorijos įvykius: jog iki pjesės veiksmo pradžios momento Hamletas ir Ofelija buvo meilužiai (arba nebuvo). Įprastesniu atveju jie teikia hipotezes tiesiog apie dramos kaip visumos „tikslą" arba „temą", arba „reikšmę", arba „prasmę", arba „toną": pavyzdžiui, jog *Hamletas* yra pjesė apie mirtį arba apie kartas, arba apie politiką. Šie interpretaciniai teiginiai gali turėti praktinį tikslą. Pavyzdžiui, jie gali praversti režisieriui, kuriančiam naują pjesės pastatymą. Tačiau jie gali būti ir bendresnės reikšmės – padėti mums geriau suprasti svarbius mūsų kultūrinės aplinkos

aspektus. Žinoma, keblumai dėl kalbėtojo tam tikram teksto žodžiui teikiamos reikšmės (interpretacijos „probleminis centras“) gali būti susiję su šiais stambesniais dalykais. Tačiau jie sietini su kūrinio kaip visumos tikslu (*point*) ar reikšme, o ne su atskiros frazės reikšme.

Kritikai intensyviai ginčijasi dėl to, kaip atsakyti į tokius klausimus. Aš noriu, kiek tai įmanoma, ne palaikyti vieną kurią pusę ginče, o pamėginti suvokti tuos nesutarimus kokiu nors pakankamai bendru aprašymu to, dėl ko jie nesutaria. Mano iš pažiūros banali prielaida (kurią vadinsiu „estetine hipoteze“) yra ši: literatūros kūrinio interpretacija siekia parodyti, kuris teksto skaitymo būdas (arba kalbėjimo, arba režisavimo, arba vaidinimo būdas) jį atskleidžia kaip geriausią meno kūrinį. Skirtingos teorijos ar interpretacijos tradicijų mokyklos nesutaria dėl šios hipotezės, nes laikosi gana skirtingų normatyvinių teorijų, kas yra literatūra ir kokia jos paskirtis ir kas vieną literatūros kūrinį daro geresnį už kitą.

Aš neabejoju, jog ši prielaida, nepaisant jos tariamo nuosaikumo, daugelio mokslininkų bus atmesta kaip painiojanti interpretaciją ir kritiką arba, šiaip ar taip, kaip beviltiškai reliatyvistiška, taigi kaip skeptine pažiūra, kuri iš tikrųjų apskritai neigia interpretacijos galimybę. Mano estetinė hipotezė išties gali atrodyti kaip kitokia dabar populiarios teorijos formuluotė, būtent teorijos, anot kurios, kadangi interpretacija kuria meno kūrinį ir atstovauja tik tam tikros kritinės bendruomenės išankstinei nuostatai, esama tik interpretacijų ir neįmanoma jokia geriausia bet kokio konkretaus eilėraščio, romano arba pjesės interpretacija. Tačiau estetinė hipotezė nėra nei tokia nežabota, nei tokia nuosaiki, nei tokia neišvengiamai reliatyvistinė, kaip galėtų atrodyti iš pradžių.

Teksto interpretacija siekia *jį* parodyti kaip geriausią meno kūrinį, geriausią, koks *jis* tik gali būti, ir šis įvardis čia tvirtina skirtumą tarp meno kūrinio paaiškinimo ir jo pakeitimo į kitokį. Galbūt Shakespeare'as būtų galėjęs parašyti geresnę pjesę nei parašė, remdamasis tais šaltiniais, kuriuos naudojo *Hamletui,* ir toje geresnėje pjesėje herojus būtų buvęs stipresnis veiksmo žmogus. Iš to negalima daryti išvados, kad *Hamletas,* drama, kurią jis parašė, galiausiai iš tikrųjų ir

yra tokia. Žinoma, interpretacijos teorija privalo apimti pateoriję apie meno kūrinio tapatybę, kad galėtų identifikuoti skirtumą tarp kūrinio interpretavimo ir keitimo. (Bet kokia pravarti tapatybės teorija bus kontroversiška, tad tai vienas akivaizdus būdas, kuriuo nesutarimai interpretacijoje priklausys nuo bendresnių nesutarimų estetinėje teorijoje.)

Atrodo, jog visų šiuolaikinių interpretacijos teorijų atliepio į šią reikalavimo dalį sudaro jų naudojama kanoninio teksto idėja (arba partitūros – muzikos atveju, arba unikalaus fizinio objekto – daugumos menų atveju). Teksto tapatybė teikia vieną griežtą suvaržymą: privalu paisyti visų žodžių, ir jokie iš jų negali būti keičiami siekiant „jį" padaryti tariamai geresniu meno kūriniu. (Šis suvaržymas, kad ir koks įprastas, nėra neišvengiamas. Pavyzdžiui, anekdotas gali išlikti tas pats net ir papasakotas įvairiomis formomis, iš kurių nė viena nėra kanoninė; anekdoto interpretacija pasirinks tam tikrą jo būdą, – ir šis gali būti visiškai originalus – tam, kad išryškintų jo „tikrąją" mintį arba tai, dėl ko jis „iš tiesų" juokingas.) Taigi bet kokio literatūros kritiko interpretacijos stilius bus preciziškas jo teoriniams įsitikinimams apie kanoninio teksto esmę ir įrodymą įgalinančias jo savybes.

Interpretacinis stilius taip pat bus preciziškas interpretuotojo nuomonėms apie vientisumą ar integralumą mene. Interpretacija negali padaryti meno kūrinio iškilesnio, jeigu didelę teksto dalį laiko nesvarbia arba didžiumą sutapimų – atsitiktiniais, arba didelę dalį tropų ar stiliaus elementų palieka nuošalyje ir jį vertina tik pagal atsietus grožinės literatūros standartus. Taigi estetinė hipotezė neleis padaryti išvados, jog kadangi filosofinis romanas yra estetiškai vertingesnis nei detektyvinė istorija, Agathos Christie romanas iš tikrųjų yra traktatas apie mirties prasmę. Tokia interpretacija būtų nevykusi ne tik dėl to, kad Agathos Christie romanas, suvokiamas kaip esė apie mirtį, yra vargana esė, mažesnės vertės nei geras detektyvas, bet ir todėl, kad tokia interpretacija romaną paverčia nežinia kuo. Ne daugiau nei vienas ar du sakiniai būtų nesvarbūs tariamai temai; o struktūra, stilius bei figūros atrodytų tinkamos ne filosofiniam romanui, o visiškai kitokiam žanrui. Tiesa, kai kurios knygos, iš pradžių pateiktos

publikai kaip detektyvai ar trileriai (ir galbūt jų autorių laikyti tokiais) buvo „perinterpretuotos" kaip kažkas daug ambicingesnio. Geras pavyzdys – dabar kilęs kritinis susidomėjimas Raymondu Chandleriu. Tačiau tas faktas, jog toks perinterpretavimas gali būti sėkmingas Chandlerio atveju, bet ne Christie atveju, kaip tik ir iliustruoja integralumo suvaržymą.

Vis dėlto esama daug erdvės nesutarimui tarp kritikų dėl to, kas laikytina integralumu, dėl to, kokios rūšies vienovė yra pageidautina, o kokia nesvarbi ir nepageidautina. Ar iš tikrųjų pranašumu laikytina tai, kad skaitytojo liežuvis, skaitant eilėraštį balsu, turi „mėgdžioti" veiksmus ar vyksmus, perteikiamus to eilėraščio tropų ar pasakojimo? Ar tai padidina integralumą dėl to, kad priduria dar vieną koordinacijos plotmę? Ar tai privalumas, kai jungtys ir eilučių pabaigos yra sutvarkytos taip, kad skaitytojas, „besiderantis" su eilėraščiu, skaitymo procese išplėtoja prieštaringas prielaidas ir perskaitymus, todėl jo supratimas pabaigoje labai skiriasi nuo to, koks jis buvo atskirais momentais jo kelyje? Ar šitai priduria dar vieną sudėtingumo dimensiją vienovei, ar veikiau sugadina vienovę, nes literatūros kūrinys privalėtų turėti tą pačią reikšmę ar svarbą skaitomas ir antrą kartą? Interpretacijos mokyklos iškils arba išnyks kaip reakcija į šiuos estetinės teorijos klausimus, ir būtent tai sako estetinė hipotezė.

Tačiau pagrindiniai skirtumai tarp interpretacijos mokyklų yra ne tokie subtilūs, nes jie susiję ne su šiais kvaziformaliais meno aspektais, o su meno funkcija ir tikslu, plačiau suvokiant. Ar literatūros tikslas yra (pirmiausia ar iš esmės) kognityvinis? Ar menas yra geresnis, kai kokiu nors atžvilgiu yra pamokomas, kai iš jo sužinome ką nors apie tai, kokie yra žmonės arba koks yra pasaulis? Jeigu taip ir jeigu psichoanalizė yra teisi (prašau atleisti už tokį primityvų šios minties išsakymo būdą), tai psichoanalitinė literatūros teksto interpretacija parodys, kodėl tai yra pavykęs menas. Ar menas yra geras tiek, kiek jis yra sėkmingas komunikavimo aktas įprasta prasme? Jei taip, tai gera interpretacija sutelks dėmesį į tai, kokia buvo autoriaus intencija, nes komunikacija nėra pavykusi, jeigu neišreiškia to, ką kalbėtojas nori ja išreikšti. Arba – ar menas geras, kai jis išraiškingas

kita prasme – tiek, kiek jis gali stimuliuoti ar formuoti gyvenimą tų, kurie tą meną išgyvena? Jeigu taip, tai interpretacija į pirmą planą iškels skaitytoją (arba klausytoją arba žiūrovą). Ji nurodys tokį kūrinio perskaitymą, kuris daro jį vertingiausią – geriausią kaip meno kūrinį – ta prasme.

Meno teorijos neegzistuoja izoliuotai nuo filosofijos, psichologijos, sociologijos ir kosmologijos. Tas, kuris pripažįsta religinį požiūrį, greičiausiai laikysis kitokios meno teorijos negu tas, kuris nepripažįsta to požiūrio, ir naujausios kritinės teorijos privertė mus suprasti, kad interpretacinis stilius labai priklauso nuo įsitikinimų dėl reikšmės, referencijos bei kitais techniniais kalbos filosofijos klausimais. Tačiau estetinė hipotezė nedaro prielaidos, jog kiekvienas, kuris interpretuoja literatūrą, turės visiškai išplėtotą ir savitą estetinę teoriją. Ji taip pat neimplikuoja, jog kiekvienas, kuris atlieka interpretaciją, turi be išlygų įsipareigoti vienai arba kitai iš mano bendrais bruožais aprašytų mokyklų. Geriausi kritikai, manau, neigia, jog esama vienos unikalios literatūros funkcijos ar tikslo. Romanas ar pjesė gali būti vertinga kuo įvairiausiais atžvilgiais, iš kurių kai kuriuos suvokiame skaitydami, žiūrėdami arba klausydami, o ne abstrakčiai mąstydami apie tai, koks turi būti geras menas ir kokia turi būti jo paskirtis.

Nepaisant to, kiekvienas, kuris interpretuoja meno kūrinį, remiasi teorinio pobūdžio įsitikinimais apie tapatybę ir kitas formalias meno savybes, taip pat atviriau normatyviomis pažiūromis į tai, kas yra gera mene. *Abi* įsitikinimų rūšys figūruoja sprendinyje, jog vienas teksto skaitymo būdas daro jį geresniu tekstu negu kitas būdas. Šie įsitikinimai gali būti neartikuliuoti (arba „išsakyti"). Vis dėlto tai tikri įsitikinimai (o ne tik „reakcijos"), nes jų galia bet kokiam kritikui ar skaitytojui gali būti suprantama kaip galia, veikianti ne tik vienu atskiru interpretacijos atveju, bet įvairiausiais kitais atvejais, taip pat dėl to, kad jie figūruoja argumentacijoje ir pasiduoda argumentui.[89] (Šiais nuosaikiais teiginiais nepretenduojame į jokią poziciją besiplėtojančiuose debatuose dėl to, ar esama kokių nors būtinų ar pakankamų „vertės principų" mene arba ar

meno teorija išvis gali pateisinti interpretaciją nepriklausomai nuo tiesioginės interpretuojamo kūrinio patirties.)[90]

Nė vienas iš šių argumentų neatremia pagrindinio priekaišto, kurį numačiau būsiant keliamą prieš estetinę hipotezę: jog ji yra triviali. Akivaizdu (galėtumėte pasakyti jūs), kad skirtingi interpretaciniai stiliai yra pagrįsti skirtingomis teorijomis, aiškinančiomis, kas yra menas, kam jis reikalingas ir kas meną daro geru menu. Šis argumentas yra toks banalus, kad jį būtų galima pateikti ir atvirkščiai: skirtingos meno teorijos yra generuojamos skirtingų interpretacijos teorijų. Jeigu kas nors mano, kad interpretacijai yra svarbi stilistika, meno kūrinį jis manys esant geresnį, jei šis sujungia dikciją ir tropus; jeigu kam patraukli dekonstrukcija, jis nepripažins referencijai jos įprasta prasme jokios svarbios vietos kalbos aiškinime. Taip pat mano teikiamas hipotezės išplėtojimas jokiu atžvilgiu negelbsti sprendžiant ginčą tarp interpretacijos teorijų ar atremiant kaltinimą nihilizmu arba reliatyvizmu. Priešingai, kadangi žmonių pažiūros į tai, kas meną daro geru menu, yra iš esmės subjektyvios, estetinė hipotezė nebepuoselėja vilties išgelbėti objektyvumą interpretacijoje, gal tik tarp tų, kurie laikosi labai panašios meno teorijos, o šitai vargu ar labai guodžia.

Be abejo, estetinė hipotezė svarbiais atžvilgiais yra banali – ji turi būti abstrakti, jeigu nori pateikti paaiškinimą, dėl ko nesutaria pačios įvairiausios teorijos – tačiau ji vis dėlto nėra tokia nuosaiki, kaip vaizduojama. Ši hipotezė svarbi tuo, jog akademinės interpretacijos teorijos nebesuprantamos kaip tai, kuo jos dažnai pretenduoja būti – pačios interpretacijos idėjos analize, – o veikiau kaip kandidatės pateikti geriausią atsakymą į pamatinį klausimą, keliamą interpretacijos. Interpretacija tampa samprata, kurios atžvilgiu skirtingos teorijos yra konkuruojančios jos koncepcijos. (Iš to kyla išvada, jog nesama radikalaus skirtumo – o tik abstraktumo lygio skirtumo – tarp interpretacijos teorijos ir konkretaus meno kūrinio interpretacijos išplėtimo.) Be to, ši hipotezė neigia griežtas perskyras, puoselėtas kai kurių mokslininkų. Tampa nebeįmanoma paprasta perskyra tarp interpretacijos, suvokiamos kaip tikrosios meno kūrinio reikšmės atskleidimas, ir kritikos, suvokiamos kaip to meno kūrinio nusisekimo

ar svarbos vertinimas. Tam tikras skirtumas lieka, nes visuomet esama skirtumo tarp pasakymo, koks vertingas tam tikras kūrinys gali tapti taip interpretuojamas, ir pasakymo, konstatuojančio gerumą. Tačiau vertinamieji įsitikinimai apie meną figūruoja abiejuose šiuose sprendiniuose.

Objektyvumas yra kitas dalykas. Manau, jog klausimas, ar daugumą mūsų sprendinių apie meną iš tiesų galima sakyti esant teisingus arba klaidingus, pagrįstus arba nepagrįstus, yra atviras. Šis klausimas yra dalis bendresnės filosofinės objektyvumo problemos, šiuo metu intensyviai diskutuojamos tiek etikoje, tiek kalbos filosofijoje, ir tas, kuris gilinasi vien tik į estetinio sprendimo problematiką, negali pretenduoti turįs poziciją šiais klausimais. Žinoma, jokio reikšmingo estetinio teiginio negalima „įrodyti" esant teisingo arba klaidingo; neįmanoma sukurti tokio interpretaciją ginančio argumento, kuris garantuotai atrodytų priimtinas kiekvienam, net tokio, kuris būtų priimtinas kiekvienam, turinčiam patirties ir išmanančiam tam tikrą meno formą. Jeigu pasakymas, kad estetiniai sprendimai yra subjektyvūs, reiškia neva ką kita, o tai, jog jie yra negalimi įrodyti, – tai jie yra subjektyvūs. Tačiau iš šito negalima daryti išvados, jog jokia normatyvi teorija apie meną nėra geresnė už bet kurią kitą, taip pat negalima daryti išvados, jog viena iš teorijų negali būti geriausia iš visų tų, kurios iki šiol buvo sukurtos.

Estetinė hipotezė apverčia (manau, tai tik prideda jai taškų) įprastinę strategiją. Antai E. D. Hirschas teigia, kad tik tokia teorija kaip jo interpretaciją gali padaryti objektyvią, o konkrečias interpretacijas – pagrįstas.[91] Šitai man atrodo klaidinga dėl dviejų susijusių priežasčių. Interpretacija yra veikla, viešoji institucija, ir klaidinga *a priori* daryti prielaidą, kad teiginiai, sudarantys visokios viešos veiklos pagrindą, privalo būti įrodomi. Taip pat yra neteisinga daryti pernelyg daug išankstinių prielaidų numatyti, koks tas pagrįstumas turi būti tokiose veiklose, – pavyzdžiui, ar pagrįstumas reikalauja įrodomumo. Čia atrodo geriau eiti empiriškesniu keliu. Pirmiausia turime panagrinėti įvairias veiklas, kuriose žmonės vadovaujasi prielaida, kad jie turi gerą pagrindą sakyti tai, ką sako, pagrindą, kuris, kaip jie

taria, galioja bendrai, o ne tik vieno ar kito individo požiūriu. Tuomet galime spręsti, kokių standartų žmonės laikosi praktikoje, – standartų, leidžiančių manyti, kad jie turi tokį pagrindą.

Taip pat ir argumentas apie apverčiamumą – kad meno teorija lygiai taip pat gali priklausyti nuo interpretacijos teorijos, kaip ir *vice versa*, – nėra argumentas prieš estetinę hipotezę. Aš neginu jokio konkretaus paaiškinimo, kodėl žmonės ėmė laikytis interpretacijos arba meno teorijų, o tik ginu teiginį apie argumentacines sąsajas tarp šių teorijų, kad ir kokios kilmės jos būtų. Žinoma, net argumentacijos lygmeniu šios dvi teorijų rūšys viena kitą sutvirtina. Pavyzdžiui, akivaizdu, jog tai, kad tam tikra teorija, aiškinanti, kas yra meno objektas, generuoja akivaizdžiai kvailą interpretacijos teoriją, yra pagrindas abejoti ta teorija. Mano mintis yra būtent ta, kad tas ryšys yra abipusis, todėl kiekvienas, iš kurio pareikalaujama apginti tam tikrą pažiūrą į interpretaciją, priverstas remtis bendresniais meno teorijos aspektais, suvokia jis tai ar ne. Ir šitai gali būti teisinga, net jei priešingas teiginys tam tikru mastu taip pat yra teisingas. Turėčiau pridurti, kad būtų klaida šį abipusės priklausomybės faktą laikyti savaime teikiančiu kokį nors pagrindą skepticizmui ar reliatyvizmui dėl interpretacijos. Atrodo, kad jis įkvepia tokius šūkius kaip „interpretacija sukuria tekstą"; tačiau nesama jokios labiau tiesioginės skeptinės implikacijos idėjoje, jog tai, ką mes laikome meno kūriniu, turi būti adekvatu tam, ką laikome meno kūrinio interpretavimu, negu analogiškoje idėjoje, jog tai, ką mes laikome fiziniu objektu, turi derintis su mūsų pažinimo teorijomis – jeigu priduriame, – abiem atvejais, – jog egzistuoja ir priešingos krypties ryšys.

Autoriaus intencija

Tačiau svarbiausias estetinės hipotezės kriterijus – ne jos atsparumas šiems įvairiems kaltinimams, bet jos aiškinamoji, ir konkrečiai – jos kritinė galia. Jeigu pripažįstame, kad interpretacijos teorijos nėra nepriklausomos analizės to, ką reiškia ką nors interpretuoti, o veikiau yra pagrįstos normatyvinėmis meno teorijomis ir priklausomos nuo

jų, tai turime pripažinti ir tai, kad jos yra taikinys priekaištams, išsakomiems normatyvinei teorijai, kuria jos pagrįstos. Pavyzdžiui, man išties atrodo, kad šiuo atžvilgiu pažeidžiamos yra labiau doktriniškos autorių intencijos teorijos. Šios teorijos, pagal dabar svarstomą hipotezę, turi tarti, kad tai, kas meno kūrinyje yra vertinga, tai, kas turi mus versti vieną meno kūrinį vertinti labiau negu kitą, yra tai ir tik tai, ką autorius norėjo ten įdėti kokia nors siaura ir suvaržyta prasme. Šis teiginys, kaip sakiau anksčiau, laiko galima bendresnę tezę, jog menas turi būti suprantamas kaip kalbėtojo ir auditorijos komunikacijos forma; tačiau net ši abejotina tezė, įdėmiau pažvelgus, pasirodo jo neremianti.

Intencionalistai prieštarautų šioms pastaboms. Jie tvirtintų, kad jų interpretacijos teorija nėra aiškinimas to, kas yra vertinga knygoje ar eilėraštyje, ar pjesėje, o tik aiškinimas, ką reiškia bet kokia konkreti knyga ar eilėraštis, ar pjesė, ir kad mes pirma turime suprasti, ką kas nors reiškia, kad galėtume nuspręsti, ar tai vertinga ir kur glūdi ta vertė. Taip pat jie prieštarautų teigdami, jog nesako, kad vien tik autoriaus intencijos „kokia nors siaura ir ribota prasme" yra paisytinos nustatant jo kūrinio reikšmę.

Pirmajame iš šių prieštaravimų autoriaus intencijos teorija save pateikia ne kaip estetinės hipotezės rezultatas – ne kaip geriausią interpretacijos teoriją pagal tos hipotezės nustatytas gaires, – o veikiau kaip jos varžovę, geresnę teoriją apie tai, kas per daiktas yra interpretacija. Tačiau autoriaus intencijos teoriją labai sunku suprasti kaip kokią nors varžovę dabar svarstomai hipotezei. Į kokį klausimą ji siūlo geresnį atsakymą? Tikrai ne į klausimą dėl kasdienės kalbos ar netgi dėl formalios žodžių „reikšmė" ar „interpretacija" reikšmės. Intencionalistas negali manyti, jog visi jo kritikai ir tie, kuriuos jis pats kritikuoja, kai sako „interpretacija", turi galvoje, autoriaus intencijos atskleidimą. Taip pat jis negali manyti, kad jo teiginiai tiksliai aprašo tai, ką kiekvienas kritinės brolijos narys iš tikrųjų daro po antrašte „interpretacija". Jeigu taip būtų, tai jį varžantys varžtai ir polemika būtų beprasmiški. Tačiau jeigu jo teorija nėra semantinė ar empirinė šiomis prasmėmis, kokia tai teorija?

Tarkime, kad intencionalistas atsako: „Šitai nurodo svarbų klausimą, susijusį su literatūros kūriniais, t. y. kokį kūrinį jo autorius norėjo matyti? Tai akivaizdžiai svarbus klausimas, net jeigu jo svarbą lemia tai, kad jis yra įžanginis svarstant kitus vienodai svarbius ar dar svarbesnius reikšmės ar vertės klausimus. Šitai iš tiesų yra tai, ką dauguma žmonių ilgai vadino „interpretacija". Tačiau vardas neturi reikšmės, jeigu veikla pripažįstama svarbia ir jeigu yra suprantama, kad mokslininkai yra iš principo pajėgūs pateikti objektyviai teisingus atsakymus į klausimą, kurį ji suponuoja".

Šio atsakymo esmė štai kokia: mes galime nustatyti, kokią intenciją turėjo autorius (ar bent jau prieiti tikimybines išvadas apie tai), ir tai svarbu padaryti kitų literatūrinių tikslų požiūriu. Tačiau kodėl tai svarbu? Kokių kitų tikslų? Bet koks atsakymas remsis prielaida, kad vertė ar reikšmė mene sietina visų pirma su tuo, ką norėjo pasakyti autorius, tiesiog dėl to, jog būtent tokia buvo autoriaus intencija. Antraip kodėl turėtume vertinti tai, ką šis interpretacijos stilius skelbia meno kūriniu? Tačiau tuomet teiginys, kad šio stiliaus interpretacija yra svarbi, priklauso nuo didžiai kontroversiškos normatyvinės teorijos, o ne nuo neutralaus stebėjimo, sudarančio bet kokio nuoseklaus vertinimo pagrindą. Jokia įtikinama interpretacijos teorija neskelbia, jog autoriaus intencija visuomet yra nesvarbi. Kartais yra akivaizdu, kad ji – reikalo šerdis, kaip ir tuo atveju, kai koks nors klausimas priklauso nuo to, ką Shakespeare'as turėjo galvoje sakydamas „vanagas", o ne „pjautuvas". Tačiau tai, ar mes turime žinoti, ar Shakespeare'as manė Hamletą buvus sveikos nuovokos ar beprotį, apsimetantį pamišusiu, kad nuspręstume, ko verta jo parašyta pjesė, vis tiek yra kontroversiška. Intencionalistas mano, kad mes šitai turime žinoti, ir būtent dėl to jo interpretacijos teorija nėra estetinės hipotezės varžovė, o veikiau kandidatė į šios hipotezės dėvimą karūną.

Antrą prieštaravimą mano kaltinimui autoriaus intencijos teorijoms galima parodyti esant įdomesnį. Intencionalistai autoriaus proto būseną iškelia į interpretacijos centrą. Tačiau, mano supratimu, jie klaidingai supranta tam tikras proto būsenos sudėtingybes; konkrečiai jie neįvertina to, kaip sąveikauja intencijos, *nukreiptos į* kūrinį, ir

įsitikinimai *apie* kūrybą. Turiu galvoje patirtį, pažįstamą kiekvienam, kuris ką nors kuria, – kai savo „kūrinyje" kūrėjas staiga įžvelgia tai, ko iki tol jame nematė. Kartais šią patirtį autorius reiškia kliše (nors, mano manymu, tai nelabai vykusi išraiška), kad jo veikėjai atrodo turį savo pačių protą. Johnas Fowlesas yra pavyzdys iš populiarios grožinės literatūros.

> Kai Čarlsas paliko Sarą ant uolos krašto, aš jam paliepiau tučtuojau keliauti atgal į Lyme Regis. Tačiau jis to nepadarė; jis aikštingai apsisuko ir patraukė į Dairy. Na ką tu čia dabar, sakysite jūs – na, iš tikro aš noriu pasakyti, jog kai rašiau, mane aplankė mintis, jog gal bus protingiau jį sustabdyti, kad jis atsigertų pieno ... ir vėl susitiktų su Sara. Neverta abejoti, kad tai vienas paaiškinimas to, kas nutiko; bet aš galiu tik papasakoti, – ir esu pats patikimiausias liudytojas, – jog man atrodė, kad ta idėja kilo tikrai Čarlsui, o ne man. Svarbu ne tik tai, kad jis pradėjo darytis autonomiškas; aš privalau šią autonomiją gerbti ir nepaisyti visų savo paties kvazidieviškų planų, skirtų jam, jeigu noriu, kad jis būtų realus.[92]

Fowlesas persigalvojo dėl to, kaip istorija *Prancūzų leitenanto moteryje* „iš tikrųjų" klostosi, įpusėjęs jos rašymą, jeigu turime pasitikėti šiuo pasakojimu. Tačiau taip pat jis būtų galėjęs persigalvoti dėl kokio nors romano „tikslo" aspekto praėjus daugeliui metų, kaip, anot gandų, ir nutiko, kai jis pasižiūrėjo filmą, sukurtą pagal jo knygą. Galbūt jis ėmė visai kitaip regėti Saros motyvus, perskaitęs Haroldo Pinterio scenarijų arba stebėdamas ją vaidinančią Meryl Streep: Pinteris ir Streep interpretavo romaną, ir viena ar abi iš jų interpretacijų galėjo priversti Fowlesą pakeisti *savo* interpretaciją dar kartą. Gal aš neteisus tardamas, kad taip atsitinka dažnai. Tačiau tai atsitinka pakankamai dažnai, ir svarbu aiškiai suvokti, kas tokiais atvejais įvyksta.

Intencionalistas nori, kad mes pasirinktume iš dviejų galimybių. Arba autorius ūmai suvokia, kad jis ir anksčiau turėjo „pasąmoningą intenciją", kurią tik dabar atskleidžia, arba jis vėliau pakeitė savo intenciją. Nė vienas iš šių paaiškinimų toli gražu nėra patenkinamas.

Kyla pavojus, kad pasąmonė čia virs savotišku flogistonu, jeigu nesugalvosime kokių nors nepriklausomų įrodymų, be autoriaus naujo požiūrio į savo kūrinį, tam, kad padarytume prielaidą jį turėjus ankstesnę pasąmoningą intenciją. Aš nenoriu pasakyti, jog meno kūrinio bruožai, kurių autorius neįsisąmonina, turi būti nevaldoma atsitiktinybė. Priešingai. Jeigu romanas yra ir įdomesnis, ir vientisesnis, jeigu darome prielaidą, jog veikėjai turi motyvų, skirtingų nuo tų, apie kuriuos galvojo romanistas, kai rašė (arba jeigu poeto tropai ir stilius atrodo sutvirtiną jo temą tokiais būdais, kurių jis nesuvokė tąsyk), šito priežastis turi kokia nors prasme būti menininko talentas. Kūrybos psichologijoje esama neišspręstų paslapčių, tačiau pasąmoningų *intencijų* suponavimas, neparemtas kitais įrodymais tos rūšies, kurių reikalautų psichoanalitikas, neišsprendžia jokių paslapčių ir nesuteikia jokio paaiškinimo. Tačiau tai dabar neturi lemiamos reikšmės, nes nepriklausomai nuo to, ar Fowlesas turėjo pasąmoningą intenciją padaryti Čarlsą arba Sarą skirtingais veikėjais, negu numatė „kvazidieviškame plane", kurį manė turįs, ar ne, jo vėlesni sprendimai ir įsitikinimai nei sutampa, nei yra pagrįsti kokiu nors tos ankstesnės intencijos atskleidimu. Jie atsirado ne akistatoje su savo ankstesniu Aš, o akistatoje su kūriniu, kurį jis sukūrė.

Taip pat jokios naujos nuomonės, kurią Fowlesas susidaro apie savo veikėjus, nedera vadinti (kaip antrojoje intencionalisto prielaidoje) nauja ir diskrečia intencija. Tai ne intencija dėl to, kokios rūšies veikėjus kurti, nes tai – nuomonė apie tai, kokios rūšies veikėjus jis sukūrė; ir tai ne intencija apie tai, kaip kiti turėtų suprasti knygą, nors intencija gali apimti tokį lūkestį (arba jo neapimti). Fowlesas savo požiūrį pakeitė knygos rašymo metu, tačiau jį pakeitė, kaip pats tvirtina, akistatoje su tekstu, kurį jau parašė, traktuodamas savo veikėjus kaip realius ta prasme, kad jie yra galimi atsieti nuo jo paties apriorinių planų, žodžiu, interpretuodamas jį, o ne gilindamasis į pasąmonines kokio nors ankstesnio plano gelmes ar suvokęs, kad jis turi naują planą. Jeigu tiesa, kad jis persigalvojo dar kartą, pamatęs filmą, tai šitai buvo, kartoju, ne retrospektyvi nauja intencija ar naujai atskleista sena intencija. Tai buvo kita interpretacija.

Autorius gali atsieti tai, ką parašė, nuo savo ankstesnių intencijų ir nuostatų traktuoti tai kaip savaimingą objektą. Jis gali padaryti naujas išvadas apie savo kūrinį, pagrįstas estetiniais sprendiniais: kad jo knyga yra ir vientisesnė, ir geresnė svarbesniųjų temų analizė, skaitant kiek kitaip, nei jis suprato, kai ją rašė. Šitai, manau, yra labai svarbus faktas dėl keleto priežasčių; tačiau mano dabartinių tikslų dėlei noriu pabrėžti tik vieną iš jų. Bet koks išsamus aprašymas to, kokia buvo Fowleso „intencija", kai jis ėmėsi kurti *Prancūzų leitenanto moterį*, turi apimti intenciją sukurti tai, ką įmanoma traktuoti būtent taip, – tai, ką šitaip galėtų traktuoti jis pats, taigi ir kiti, tad ji turi apimti intenciją sukurti kažką nepriklausomo nuo jo intencijų. Dar kartą pacituosiu Fowlesą, ir vėl kaip liudytoją, o ne dėl jo metafizikos: „Tik vienas motyvas yra bendras visiems mums [romanistams]: *mes norime sukurti tokius realius pasaulius kaip – bet kitokius nei – egzistuojantis pasaulis.* Arba koks jis buvo. Štai kodėl mes negalime suplanuoti. ...Mes taip pat žinome, kad autentiškai sukurtas pasaulis turi būti nepriklausomas nuo jo kūrėjo."

Aš įtariu, kad to, kas sukurta kaip romanas ar eilėraštis, ar tapyba, o ne kaip teiginių ar ženklų virtinė, kaip tokio suvokimas *priklauso* nuo suvokimo, jog tai gali būti atsieta ir interpretuojama ta prasme, kurią aprašiau. Bet kuriuo atveju šitaip paprastai patys autoriai suvokia tai, ką padarė. Autorių intencijos nėra paprasčiausiai jungiamosios, kaip intencijos to, kuris eina į parduotuvę su pirkinių sąrašu, o struktūruotos, todėl konkretesnės iš šių intencijų, tokios kaip intencijos dėl konkretaus romano veikėjo motyvų, yra priklausomos nuo interpretacinių įsitikinimų, kurių tvirtumas priklauso nuo to, kas kuriama, ir kurios kartais gali patirti radikalią permainą.

Gal galime išskirti ištisą kompleksą interpretacinių įsitikinimų, kuriuos autorius turi tam tikru momentu (tarkime, tuo momentu, kai pasiunčia galutinį maketą į spaustuvę) ir labai rimtai paskelbti, kad šie įsitikinimai, visu savo konkretumu, fiksuoja tai, koks romanas yra arba ką jis reiškia. (Šie įsitikinimai neišvengiamai bus iki galo neišplėtoti, tačiau tai – kitas dalykas.) Tačiau net jeigu šį konkretų įsitikinimų kompleksą mes (klaidingai) vadiname „intencijomis",

pasirinkdami juos, mes ignoruojame kitą intencijos rūšį ar plotmę, būtent intenciją sukurti kūrinį, kurio esmės ar reikšmės negalima nustatyti šiuo būdu, nes tai meno kūrinys. Štai kodėl autoriaus intenciją postuluojanti mokykla, kaip aš ją suprantu, meno kūrinio vertę daro priklausomą nuo siauro ir suvaržyto požiūrio į autoriaus intencijas.

TEISĖ IR LITERATŪRA

Teisės grandinė

Šios eskiziškos pastabos apie literatūrinę interpretaciją galėjo įteigti pernelyg griežtą perskyrą tarp menininko vaidmens kuriant meno kūrinį ir kritiko – jį vėliau interpretuojant. Menininkas nieko negali sukurti, neinterpretuodamas savo kūrybos jos procese; kadangi jis turi intenciją kurti meną, jis turi turėti bent neišsakytą teoriją, aiškinančią, kodėl tai, ką jis kuria, yra menas, ir kodėl būtent tokiu, o ne kitokiu plunksnos braukimu ar teptuko potėpiu sukuriamas geresnis menas. Savo ruožtu kritikas kuria interpretuodamas; mat nors jis yra saistomas kūrinio fakto, apibrėžiamo formalesnėse ir akademiškesnėse jo meno teorijos dalyse, jo praktiškesnį meninį jausmą aktyvuoja jo atsakomybė nuspręsti, kuris to kūrinio matymo, skaitymo ar supratimo būdas parodo jį kaip geresnį meną. Nepaisant to, esama skirtumo tarp interpretavimo kuriant ir kūrimo interpretuojant, taigi – ir atpažinti galimo skirtumo tarp menininko ir kritiko.

Literatūros interpretaciją noriu pasitelkti kaip modelį pagrindiniam teisės analizės metodui, todėl turiu parodyti, kaip net ir šią perskyrą tarp menininko ir kritiko tam tikromis aplinkybėmis galima panaikinti. Tarkime, kad romanistų grupė įsipareigoja tam tikram projektui ir kad jie traukia burtus nustatyti žaidimo tvarkai. Mažiausią numerį ištraukęs parašo įžanginį romano skyrių, kurį jis ar ji tada siunčia ištraukusiam kitą numerį, kuris priduria skyrių, suprasdamas, jog priduria skyrių prie šio romano, o ne pradeda naują kūrinį, ir tada siunčia tuos du skyrius ištraukusiam tolesnį numerį ir t. t. Dabar kiekvienas romanistas, išskyrus pirmąjį, turi dvigubą užduotį –

interpretuoti ir kurti, mat kiekvienas privalo perskaityti viską, kas parašyta iki tol, kad nustatytų, – interpretavimo prasme, – koks yra iki šiol sukurtas romanas.[93] Jis ar ji turi nuspręsti, kokie veikėjai yra „iš tikrųjų"; kokiais motyvais jie vadovaujasi; koks yra romano rutuliojimo sumanymas ar tema; kokiu mastu kokia nors literatūrinė priemonė ar figūra, sąmoningai ar nesąmoningai naudojama, prisideda prie šių siekinių ir ar ji turi būti išplėtota arba patobulinta, arba apgenėta, arba išmesta, norint romaną ir toliau orientuoti viena, o ne kita kryptimi. Tai turi būti intencijos nesaistoma interpretacija, nes, bent jau visiems romanistams po antrojo, nesama jokio vieno autoriaus, kurio intencijas kiekvienas interpretuotojas pagal projekto taisykles galėtų laikyti lemiamomis.

Kai kurie romanai iš tikrųjų buvo parašyti tokiu būdu (įskaitant *softcore* pornografinį romaną *Naked Came the Stranger* [Atėjo nuogas svečias]), tiesa, nuvainikavimo sumetimais; taip pat tam tikri salono žaidimai, tinkami lietingais vakarais Anglijos kaime, turi kažkuo panašią struktūrą. Tačiau mano įsivaizduojamoje veikloje iš romanistų tikimasi, kad jie rimtai žiūrės į savo pareigas ir pripažins pareigą kurti – tiek, kiek jiems leidžia išgalės, – vieną, vieningą romaną, o ne, pavyzdžiui, savarankiškų apsakymų seriją su veikėjais, vadinamais tais pačiais vardais. Gal ši užduotis nereali; gal šis projektas pasmerktas sukurti net ne blogą romaną, bet – išvis jokio romano, nes geriausia meno teorija reikalauja vieno kūrėjo arba, jeigu daugiau negu vieno, – kad kiekvienas turėtų kažkiek kontrolės visumos atžvilgiu. Tačiau kaip dėl legendų ar anekdotų? Nėra reikalo toliau rutulioti šį klausimą, nes man rūpi tik tai, kad ta užduotis paaiškina, kaip kiekvienas iš grandinės romanistų gali turėti kokią nors nuovoką apie tai, ką iš jo ar jos reikalaujama padaryti, kad ir kokių abejonių kiekvienas iš jų turėtų dėl vertės ar pobūdžio to, kas tuomet bus sukurta.

Sunkių teisės bylų sprendimas yra labai panašus į šią keistą literatūrinę veiklą. Šis panašumas akivaizdžiausias tuo atveju, kai teisėjai svarsto ir sprendžia bendrosios teisės bylas; t. y. kai joks įstatymas nefigūruoja teisinių klausimų centre ir argumentas priklauso nuo to,

kokios teisės normos ar principai „pagrindė“ panašaus pobūdžio kitų teisėjų sprendimus praeityje. Kiekvienas teisėjas tuomet yra kaip romanistas grandinėje. Jis ar ji turi perskaityti viską, ką kiti teisėjai praeityje yra parašę, – ne tik tam, kad atskleistų, ką tie teisėjai yra pasakę arba jų mentalinę būseną tuo metu, kai jie tai sakė, bet ir tam, kad prieitų nuomonę apie tai, ką šie teisėjai kolektyviai *padarė,* – tokiu būdu, kuriuo kiekvienas iš mūsų romanistų susidarė nuomonę apie iki tol parašytą kolektyvinį romaną. Kiekvienas teisėjas, turintis spręsti bylą, ras – jeigu atsivers tam tikras knygas – medžiagos apie daugelį tariamai panašių atvejų, spręstų dešimtmečių procese ar netgi per praėjusius šimtmečius daugelio kitų teisėjų, skirtingų stilių ir teismo bei politinių filosofijų atstovų, įvairių procedūros ir teismo konvencijos ortodoksijų periodais. Kiekvienas teisėjas, spręsdamas naują jam tekusią bylą, turi save suvokti kaip partnerį sudėtingoje grandinės veikloje, kurios istoriją sudaro šie nesuskaičiuojami sprendimai, struktūros, konvencijos ir praktikos; jo darbas yra tęsti tą istoriją į ateitį per tai, ką jis daro šiandien. Jis *privalo* interpretuoti tai, kas padaryta iki tol, nes jį saisto atsakomybė plėtoti rūpimąją veiklą, o ne pakreipti ją savaip, kokia nors visai nauja linkme. Taigi jis turi nustatyti – vadovaudamasis savo paties sprendimu apie tai, kokia yra ankstesnių sprendimų esmė, – koks iš tiesų yra ligi šiol plėtotos praktikos tikslas ar tema, imant tą praktiką kaip visumą.

Mano anksčiau aprašytuoju hipotetiniu atveju, kai teta patiria emocinį šoką, teisėjas turi nuspręsti ne tik tai, kokia yra konkretaus precedento, motinos patirto kelyje, problema, bet ir tai, kokia yra nelaimingų įvykių, įskaitant tą precedentą, kaip visumos problema. Gal jis turės rinktis, pavyzdžiui, iš štai tokių dviejų teorijų apie tos sprendimų grandinės „reikšmę“. Pagal pirmąją, nerūpestingi vairuotojai yra atsakingi tiems, kuriems jų elgesys, tikėtina, padarys fizinę žalą, tačiau šiems žmonėms jie atsakingi dėl visokios žalos – fizinės ar emocinės, – kurią jie faktiškai padaro. Jeigu šitai yra teisingas principas, tai lemiamas skirtumas tarp to atvejo ir tetos atvejo yra tiesiog tas, kad teta nebuvo fizinės žalos pavojaus zonoje, todėl ji negali pretenduoti į kompensaciją. Tačiau pagal antrąją teoriją,

nerūpestingi vairuotojai yra atsakingi už visokią žalą, kurią buvo galima reikalauti numatyti, jeigu apie savo elgesį jie galvoja iš anksto. Jeigu tai teisingas principas, tai teta dar gali tikėtis kompensacijos. Viskas priklauso nuo to, ar pakankamai prognozuojamas dalykas yra tai, jog vaikas, be savo tiesioginių tėvų, turės artimųjų, kurie gali patirti emocinį šoką, sužinoję apie vaiko sužalojimą. Teisėjas, nagrinėjantis tetos bylą, turi nuspręsti, kuris iš šių dviejų principų atstovauja geresnį tos sprendimų grandinės, kurią jis turi pratęsti, „perskaitymą".

Ar galime pasakyti, – kokia nors bendra prasme, – dėl ko nesutaria tie, kurie ginčijasi dėl geriausios teisinio precedento interpretacijos? Aš sakiau, kad literatūrinė interpretacija siekia parodyti, kaip svarstomasis kūrinys gali būti suprantamas kaip pats vertingiausias meno kūrinys, taigi turi būti atidi ir formaliems bruožams, būtent tapatumui, vientisumui ir integralumui, lygiai kaip turinio dalykams, būtent meninei vertei. Įtikinama teisinės praktikos interpretacija taip pat privalo – panašiu būdu – patenkinti dviejų dimensijų kriterijų: ji turi ir derėti su ta praktika, ir parodyti jos prasmę ir vertę. Tačiau prasmė ir vertė čia negali reikšti meninės vertės, nes teisė, kitaip nei literatūra, nėra meninė veikla. Teisė yra politinė veikla, kurios bendra prasmė – jeigu ji turi vieną prasmę – yra koordinuoti visuomenines ir individualias pastangas arba spręsti socialinius ir individualius ginčus, arba užtikrinti teisingumą santykiuose tarp piliečių ir tarp piliečių ir jų valdžios, arba kokia nors visų šių dalykų kombinacija. (Šis apibūdinimas, žinoma, pats yra interpretacija, tačiau čia leistina, nes pakankamai neutrali.) Taigi visokio teisės korpuso ar padalinio interpretacija, tokio kaip nelaimingus įvykius reguliuojanti teisė, turi parodyti to teisės korpuso vertę politiniais terminais, pademonstruodama geriausią principą ar politinę nuostatą, kuriai jį galima laikyti tarnaujant.

Iš panašaus argumento literatūros srityje žinome, kad šis bendras interpretacijos teisėje nusakymas nesuteikia kiekvienam teisėjui leidimo doktrinos istorijoje matyti tik tai, kas, jo nuomone, ten turėjo būti. Ta pati perskyra galioja interpretacijos ir idealo santykiui.

Teisėjo pareiga yra interpretuoti teisės istoriją, kurią jis randa, o ne išgalvoti geresnę istoriją. Dermės dimensijos teiks tam tikras ribas. Žinoma, nesama algoritmo, leidžiančio nuspręsti, ar tam tikra interpretacija pakankamai dera su ta istorija, kad nebūtų atmesta. Kai įstatymas ar konstitucija, ar kitas teisinis dokumentas yra doktrinos istorijos dalis, tam tikrą vaidmenį vaidins kalbėtojo intencija. Tačiau pasirenkant, kuri iš kelių iš esmės skirtingų kalbėtojo ar įstatymų leidėjo intencijos reikšmių yra derama, jau negalima pasitelkti nuorodos į kieno nors dar intenciją, – tas, kuris privalo apie tai spręsti, turi šitai spręsti kaip politinės teorijos klausimą.[94] Bendrosios teisės bylose dermės klausimas yra sudėtingesnis. Bet kuri konkreti hipotezė apie sprendimų virtinės tikslą („šie sprendimai įtvirtina principą, kad kompensacijos už emocinę žalą negali gauti tas, kuris asmeniškai nebuvo fizinės žalos pavojaus zonoje"), tikėtina, susidurs, jei ne su akivaizdžiais kontrpavyzdžiais kokioje nors ankstesnėje byloje, tai bent jau su kalba ar argumentu, kurie atrodo įtaigauja priešingą išvadą. Taigi bet kokia pravarti interpretacijos koncepcija turi apimti klaidos doktriną – kaip ir kiekvieno romanisto interpretacijos teorija, taikoma grandinės romanui. Kartais teisinis argumentas atvirai pripažins tokias klaidas: „Kadangi *A v. B* byla ir *C v. D* byla galėjo būti išspręstos priešingai, nei buvo išspręstos, jos, mūsų įsitikinimu, buvo išspręstos klaidingai ir jomis čia neturi būti vadovaujamasi". Kartais precedento doktrina draudžia tokį kategorišką požiūrį ir reikalauja maždaug tokio santykio: „*E v. F* byloje konstatavome, kad yra taip ir taip, tačiau šioje byloje kilo ypatingų klausimų ir ji, mūsų manymu, privalo būti sprendžiama nenukrypstant nuo jos faktų", o šitai nėra taip jau nesąžininga, kaip galėtų atrodyti).

Gali atrodyti, kad toks lankstumas kėsinasi į skirtumą, kurio aš nenoriu pamiršti, – tarp interpretacijos ir naujai tuščioje vietoje daromo sprendimo apie tai, kokia teisė turėtų būti. Ir vis dėlto esama štai kokio visa pranokstančio suvaržymo. Bet kokio teisėjo nuovoka apie teisės prasmę ar funkciją, nuo kurios priklausys kiekvienas jo pažiūros į interpretaciją aspektas, apims ar turės mintyje kokią nors teisės kaip institucijos integralumo ir vientisumo koncepciją, ir ši

koncepcija sykiu ir kontroliuos, ir varžys jo darbinę dermės teoriją – t. y. jo įsitikinimus apie tai, su kokia ligšiolinės teisės dalimi interpretacija turi derėti ir kuria būtent dalimi, ir kaip. (Sugretinimas su literatūros interpretacija čia taip pat tinka.)

Tačiau turėtų būti akivaizdu, kad bet kurio konkretaus teisėjo teorija apie dermę dažnai negalės sukurti vieningos interpretacijos. (Galima sakyti, kad perskyra tarp sunkių ir lengvų teisės bylų yra, būtent perskyra tarp bylų, kuriose ji sukuria tokią interpretaciją, ir tų, kuriose nesukuria.) Lygiai taip kaip kiekvienas iš dviejų eilėraščio perskaitymų gali rasti pakankamą paramą tekste, kad parodytų jo vienovę ir vientisumą, kiekvienas iš dviejų principų gali rasti pakankamai paramos įvairiuose praeities sprendimuose, kad patenkintų bet kokią įtikinamą dermės teoriją. Tuo atveju turinio politinė teorija (kaip antai turinio meninių ypatybių motyvais) turės lemiamą reikšmę. Supaprastintai tariant, nelaimingus įvykius reguliuojančios teisės interpretacija, anot kurios nerūpestingam vairuotojui galioja teisinė atsakomybė tiems, kuriems padaryta žala yra ir esminė, ir tokia, kurią buvo galima numatyti, yra geresnė interpretacija – jeigu ji tokia yra – greičiausiai tik dėl to, kad ji skelbia labiau pasvertą teisingumo principą nei bet kuris principas, skiriantis fizinę ir emocinę žalą arba kompensaciją už emocinę žalą darantis priklausomą nuo to, ar ieškovas patyrė fizinės žalos grėsmę. (Turėčiau pridurti, jog šis klausimas, kaip politinės moralės klausimas, yra labai sudėtingas, ir daugelis iškilių teisėjų ir teisininkų yra gynę ir vieną, ir kitą iš šių pozicijų.)

Šiuos argumentus galėtume reziumuoti štai kaip. Teisėjai išplėtoja tam tikrą pažiūrą į teisinę interpretaciją, formuluodami ir tobulindami politinę teoriją, jautrią tiems klausimams, nuo kurių interpretacija priklausys konkrečiais atvejais; ir tai jie vadina savo teisės filosofija. Ji turės abu struktūrinius bruožus, išplėtodama bendrą reikalavimą, kad interpretacija turi derėti su doktrinos istorija, ir turinio teiginius apie socialinius tikslus ir teisingumo principus. Taigi kiekvieno teisėjo nuomonė apie geriausią interpretaciją bus išversta iš įsitikinimų, kurie nebūtinai yra tokie pat kaip kitų teisėjų.

Jeigu teisėjas mano, kad vyraujantis teisinės sistemos tikslas, pagrindinis siekis, kuriam ji turėtų tarnauti, yra ekonominis, tai praeities sprendimuose dėl nelaimingų įvykių jis įžvelgs kokią nors ekonominės nelaimingų įvykių kainos mažinimo bendru mastu strategiją. Kiti teisėjai, kurie visokį šitokį teisės funkcijos pavaizdavimą mano esant nevykusį, istorijoje nematys jokios tokios strategijos, o tik galbūt mėginimą suteikti galią konvencinei kaltės ir atsakomybės moralei. Taigi jeigu savo teisinės sistemos aprašymui keliame labai aukštus neutralumo reikalavimus, savo teisinės interpretacijos esmės aprašymo negalime padaryti daug konkretesnio, nei padariau aš.

Autoriaus intencija teisėje

Vietoj to noriu apsvarstyti įvairius prieštaravimus, kurie galėtų būti pateikti ne mano argumento detalėms, o pagrindinei tezei – jog interpretacija teisėje yra iš esmės politinė. Neskirsiu daugiau laiko jau pažymėtam bendro pobūdžio prieštaravimui: kad ši pažiūra į teisę daro ją kraštutiniai ir nepataisomai subjektyvią, priklausomą tiesiog nuo to, ką konkretūs teisėjai mano esant geriausia, arba nuo to, ką jie valgė pusryčių. Kai kuriems teisininkams ir teisės mokslininkams tai visai ne prieštaravimas, o tik skeptinės išminties apie teisę pradžia. Tačiau mano argumento nervas yra tas, jog paprasta perskyra tarp aprašymo ir vertinimo, kuria remiasi šis skepticizmas, – perskyra tarp „objektyviai egzistuojančios" teisės radimo istorijoje ir jos visos pramanymo, – čia netinka, nes interpretacija skiriasi tiek nuo viena, tiek nuo kita.

Todėl noriu pakartoti savo įvairius samprotavimus apie subjektyvumą ir objektyvumą literatūros interpretacijoje. Mano pateiktas teisinės interpretacijos aiškinimas nesuteikia akivaizdaus pagrindo abejoti tuo, kad viena teisės interpretacija gali būti geresnė už kitą ir kad viena gali būti geriausia iš visų. Ar taip yra, priklauso nuo bendrų filosofijos klausimų, kurie teisei nėra būdingesni nei literatūrai; ir būtų gerai, jei svarstydami šiuos bendrus klausimus, nepradėtume nuo kokių nors fiksuotų idėjų apie būtinas ir pakankamas objekty-

vumo sąlygas (pavyzdžiui, kad jokia teisės teorija negali būti akivaizdžiai teisinga, jeigu ji nėra įrodomai teisinga, jeigu ji neišgautų sutikimo ir iš akmens). Kol kas gal bus prasminga siekti išplėtoti įvairius teisės koncepcijos lygmenis sau patiems, kad rastume sudėtingos ir be galo svarbios praktikos interpretaciją, kuri mums atrodytų sykiu ir derama interpretacijos rūšis teisei, ir teisinga kaip tos rūšies interpretacija.

Detaliau svarstysiu kitą – ir visai kitokį – prieštaravimą: kad mano politinė hipotezė apie teisinę interpretaciją, kaip ir estetinė hipotezė apie meno interpretaciją, nenumato tikslios vietos autoriaus intencijai. Ji nesupranta, jog interpretacija teisėje yra tiesiog atskleidimo, kokia buvo įvairių teisinio proceso veikėjų – konstitucinių delegatų, Kongreso ir valstijos legislatūrų narių, teisėjų ir vykdomųjų pareigūnų – intencija, dalykas. Pakartosiu: svarbu suprasti, kas čia satoma ant kortos. Politinė hipotezė palieka erdvės autoriaus intencijos argumentui kaip interpretacijos koncepcijai, – koncepcijai, kuri teigia, kad geriausia politinė teorija įstatymų leidėjų ir praeities teisėjų intencijoms teikia lemiamą vaidmenį interpretacijoje. Suprantama šitaip, autoriaus intencijos teorija ne ginčija politinę hipotezę, o siekia paveržti jos autoritetą. Tad jeigu dabar svarstomas prieštaravimas iš tikrųjų yra prieštaravimas argumentacijai iki šio momento, jo teiginys turi būti suprantamas kitaip – pavyzdžiui, kaip teiginys, kad pati interpretacijos „reikšmė" teisėje reikalauja, kad tik šių pareigūnų intencijos būtų laikomos paisytinomis ar bent jau kad šiuo reikalu esama tvirto konsenso tarp teisininkų. Abu šie teiginiai yra tokie pat kvaili kaip ir paraleliniai teiginiai apie idėją ar praktiką interpretacijos mene.

Todėl tarkime, kad autoriaus intencijos teoriją prasmingumo dėlei iš tikrųjų suprantame kaip teisinės interpretacijos sampratos koncepciją, o ne išaiškinimą. Ši teorija, kaip sakiau anksčiau, atrodo turinti tvirčiausią pagrindą tuomet, kai interpretacija yra kanoninio teisės teksto interpretacija, tokio kaip Konstitucijos klauzulė arba įstatymo skirsnis, arba sutartis, arba testamento teiginys. Tačiau lygiai taip pat, kaip pažymėjome, kad romanisto intencija yra sudėtinga

ir struktūruota taip, kad nepasiteisina jokia paprasta autoriaus intencijos literatūroje teorija, dabar turime pažymėti, kad įstatymų leidėjo intencija yra sudėtinga panašiu būdu. Tarkime, kad konstitucinio Konvento delegatas balsuoja už klauzulę, garantuojančią traktavimo lygybę nepriklausomai nuo rasės dalykuose, susijusiuose su fundamentaliais žmonių interesais; tačiau jis mano, jog edukacija nėra fundamentalaus intereso dalykas, taigi nemano, kad ta klauzulė rasiškai segreguotas mokyklas daro nekonstitucines. Čia mes galime prasmingai atskirti abstrakčią ir konkrečią intenciją: delegatas turi intenciją uždrausti diskriminaciją toje srityje, kuri iš tiesų yra fundamentalaus intereso sritis, taip pat turi intenciją neuždrausti segreguotų mokyklų. Tai ne izoliuotos, atskiros intencijos; galėtume pasakyti, kad mūsų aprašymai skirtingais būdais nusako tą pačią intenciją. Tačiau labai svarbu, kurį aprašymą legislatyvinės intencijos teorija laiko kanoniniu. Jeigu kanoniniu laikome pirmąjį aprašymą, tai teisėjas, kuris nori vadovautis delegato intencijomis, tačiau mano, kad edukacija yra fundamentalaus intereso dalykas, laikys segregaciją nekonstitucine. Jeigu tokiu laikome antrąjį aprašymą, jis nelaikys jos nekonstitucine. Pasirinkimas iš šių dviejų aprašymų negali būti prieitas kokia nors tolesne refleksija apie tai, kokia iš tiesų yra intencija. Jį reikia prieiti nusprendžiant, jog vienas, o ne antras aprašymas yra priimtinesnis dėl to, kad reprezentuoja geriausią atstovaujamosios demokratijos teoriją arba kokiais kitais atvirai politiniais pagrindais. (Galėčiau pridurti, kad, kiek žinau, iki šiol nėra sugalvotas joks nepaneigiamas argumentas, reikalaujantis įsipareigoti konkretesnėms delegato intencijoms, ir kad šitai yra nepaprastai svarbu argumentacijai apie tai, ar Kūrėjų „pradinė intencija" reikalauja, pavyzdžiui, panaikinti rasinę diskriminaciją ar mirties bausmę.)

Kai svarstome bendrosios teisės interpretacijos problemas, autoriaus intencijos teorija pasirodo dar varganesnėje šviesoje. Problemos čia susijusios ne vien su įrodomumu. Gal galime nustatyti, kas buvo visų tų teisėjų, kurie vienu ar kitu mūsų teisės istorijos metu sprendė nelaimingų įvykių bylas, „galvose". Taip pat galėtume nustatyti (ar spekuliuoti apie) psichodinaminius ar ekonominius, ar

socialinius paaiškinimus, kodėl kiekvienas teisėjas manė tai, ką jis ar ji manė. Be abejonės, viso šito tyrimo (ar spekuliacijos) rezultatas būtų daugybė tyrimo apimamų psichologinių duomenų, esmingai skirtingų kiekvieno iš praeities teisėjų atveju, ir tvarką toje gausybėje galima įvesti – jei išvis įmanoma – tik pasitelkiant statistinį apibendrinimą, kokios nuomonės kokia teisėjų proporcija kokiu istoriniu periodu greičiausiai laikėsi ir kokioms įtakoms ji buvo daugiau ar mažiau neatspari. Tačiau ši daugybė, net ir apdorota statistiniu apibendrinimu, bus ne didesnė pagalba teisėjui, mėginančiam atsakyti į klausimą, kokia yra ankstesnių sprendimų, juos imant kaip visumą, tikroji esmė, nei panaši informacija būtų naudinga vienam iš mūsų grandinės romanistų, mėginančiam nuspręsti, kokį romaną kolektyviai parašė ankstesni grandinės romanistai. Tas sprendimas kiekvienu iš atvejų reikalauja naujo interpretacijos akto, kuris nėra nei grynus faktus renkantis istorinis tyrimas, nei tuščioje vietoje reiškiama nuostata, kaip turėtų būti idealiu atveju.

Teisėjas, kuris manė, kad yra svarbu įžvelgti autoriaus intenciją, galėtų pamėginti išvengti šių problemų, parinkdamas vieną konkretų praeities teisėją arba mažą teisėjų grupę (sakykime, teisėjus, kurie sprendė patį paskiausią iš atvejų, kuo nors panašių į jo sprendžiamąjį, arba atvejį, kurį jis mano esant artimiausią jo svarstomam atvejui) ir klausdamas, kokią normą tas teisėjas ar grupė norėjo nustatyti ateičiai. Šitaip konkretūs ankstesni teisėjai būtų traktuojami kaip įstatymų leidėjai, todėl iškiltų visos įstatymų interpretacijos problemos, įskaitant labai rimtą problemą, kurią ką tik pažymėjome. Net tokiu atveju galiausiai nebūtų išvengta specifinių bendrosios teisės bylų sprendimo problemų, nes teisėjas, kuris taikė šią interpretacijos teoriją, būtų turėjęs tarti turįs teisę paisyti tik tam tikro konkretaus ankstesnio teisėjo ar teisėjų, kuriuos jis buvo pasirinkęs, intencijų ir nebūtų galėjęs šito tarti, jeigu nemanytų, jog šitai yra teisminės praktikos kaip visumos išvada (o ne tik kokio nors *kito* atrinkto ankstesnio teisėjo intencijų rezultatas), jog šitai yra tai, ką teisėjai, esantys jo pozicijoje, turėtų daryti.

POLITIKA INTERPRETACIJOJE

Jeigu mano teiginiai apie politikos vaidmenį teisinėje interpretacijoje yra pagrįsti, tai turime tikėtis rasti akivaizdžiai liberalių arba radikalių, arba konservatyvių nuomonių ne tik apie tai, kokia turėtų būti mūsų šalies Konstitucija ir įstatymai, bet ir apie tai, kokie jie yra. Ir kaip tik tai mes randame. Jungtinių Valstijų Konstitucijos vienodos apsaugos klauzulės interpretacija teikia ypač raiškių pavyzdžių. Neįmanoma jokia pravarti tos klauzulės reikšmės interpretacija, kuri nebūtų priklausoma nuo kokios nors teorijos apie tai, kas yra politinė lygybė ir kokiu mastu teisingumas reikalauja lygybės, ir pastarosios amžiaus pusės konstitucinės teisės istorija yra daugiausiai būtent šitų politinės moralės klausimų nagrinėjimas. Konservatyvūs teisėjai nuolat (nors ir nenuosekliai) gynė į autoriaus intencijas apeliuojantį tos klauzulės interpretavimo stilių ir kaltino kitus – kurie naudoja kitokį stilių, leidžiantį gauti labiau lygiavinius rezultatus – kad jie kuria, o ne interpretuoja teisę. Tačiau tai buvo smarkavimas, turėjęs nuslėpti tą vaidmenį, kurį vaidino jų pačių politiniai įsitikinimai, jiems pasirenkant interpretacinį stilių, ir didieji teisiniai debatai dėl vienodos apsaugos klauzulės būtų suteikę daug daugiau skaidrumo, jeigu būtų buvę plačiau pripažinta, jog kliovimasis politine teorija yra ne interpretacijos yda, o dalis to, ką interpretacija reiškia.

Ar turėtų politika vaidinti kokį nors panašų vaidmenį literatūros ir kitokioje meninėje interpretacijoje? Mes pripratome prie interpretacijos politikos idėjos. Antai Stanley Fishas propagavo interpretacijos teoriją, tariančią, kad varžybos tarp priešiškų literatūrinės interpretacijos mokyklų yra labiau politinės nei argumentacinės: profesorių varžymasis siekiant dominuoti.[95] O tai, kad mada interpretacijoje yra jautri bendresnėms politinėms ir ekonominėms struktūroms ir jas išreiškia, yra, žinoma, literatūros sociologijos, o ne tik marksistinio indėlio į tą discipliną truizmas. Šie svarbūs teiginiai yra išoriniai: jie kalba apie šito ar ano požiūrio į literatūrą ir interpretaciją iškilimo priežastis.

Šie klausimai svarstomi kai kuriuose iš pranešimų, perskaitytų

konferencijoje, kuriai ši esė buvo pirmą kartą rengiama.[96] Tačiau dabar mums rūpi vidaus klausimas, dėl politikos interpretacijoje, o ne interpretacijos politikos. Kiek politinės moralės principai iš tikro gali būti laikomi argumentais už tam tikrą konkretaus kūrinio interpretaciją arba už tam tikrą bendrą požiūrį į meninę interpretaciją? Čia esama daug galimybių, ir daugelis iš jų yra parazitiškos teiginių, plėtotų ir minėtų šiose esė, atžvilgiu. Buvo sakoma, kad mūsų įsipareigojimas feminizmui arba mūsų ištikimybė tautai, arba mūsų nepasitenkinimas naujųjų dešiniųjų iškilimu turėtų daryti įtaką mūsų literatūros vertinimui ir suvokimui. Tai išties buvo vyraujantis (tačiau ne vienbalsis) suvokimas toje konferencijoje, – kad profesionaliąją kritiką būtina kritikuoti dėl jos neatidos tokiems politiniams klausimams. Tačiau jeigu mūsų įsitikinimai apie šiuos konkrečius politinius dalykus yra paisytini sprendžiant, ko vertas yra koks nors romanas, pjesė ar eilėraštis, tai jie turi būti taip pat paisytini ir sprendžiant, kuri interpretacija geriausia, kai renkamasi iš tam tikrų konkrečių tų kūrinių interpretacijų. Arba – jie turėtų būti paisytini, jeigu mano argumentacija yra pagrįsta.

Galėtume panagrinėti ir ne tokią tiesioginę sąsają tarp estetinės ir politinės teorijos. Bet kokios visa apimančios meno teorijos centrą, tikėtina, sudarys kokia nors epistemologinė tezė, koks nors pažiūrų į santykį tarp patirties, savimonės ir vertybių suvokimo ar ugdymo kompleksas. Jeigu ji kokį nors vaidmenį mene skiria savižinai, jai reikės asmeninės tapatybės teorijos, tinkamos nubrėžti asmenybės ribas jo ar jos aplinkybių atžvilgiu, taip pat kitų asmenų atžvilgiu, ar bent jau paneigti bet kokių tokių ribų realumą. Atrodo tikėtina, kad plačios išsamios socialinio teisingumo teorijos šaknys taip pat glūdės įsitikinimuose apie šiuos ar su jais labai glaudžiai susijusius dalykus. Pavyzdžiui, liberalizmas, kuris didelę svarbą teikia autonomijai, gali priklausyti nuo tam tikro vertės sprendinių vaidmens žmonių gyvenime pavaizdavimo; jis gali priklausyti nuo tezės, kad žmonių įsitikinimai apie vertę yra nuomonės, atviros ginčui ir peržiūrėjimui, o ne paprasčiausiai asmenybės duotybė, lemiama genetinių ir socialinių priežasčių. O kiekviena politinė teorija, kuri svarbią vietą teikia

lygybei, taip pat reikalauja prielaidų apie asmens ribas, nes turi atskirti žmonių kaip lygių traktavimą nuo jų keitimo, kad taptų kitokie.

Prasmingas sumanymas gali būti bent jau pasiaiškinti, ar nesama tam tikrų filosofinių pagrindų, siejančių tam tikras estetines ir tam tikras politines teorijas, tokių, kad deramai galėtume šia prasme kalbėti, pavyzdžiui, apie liberalią ar marksistinę, ar perfekcionistinę, ar totalitarinę estetiką. Žinoma, įprasti klausimai ir problemos vargu ar leis tai įžvelgti. Pavyzdžiui, būtų būtina suprasti, ar liberalizmas išties gali būti kildinamas – kaip buvo linkę manyti daugelis filosofų – iš abstraktaus epistemologinio pamato, skirtingo nuo kitų politinių teorijų pagrindo, ir tuomet paklausti, ar tas abstraktus pamatas galėtų būti perkeltas į estetinę teoriją ir ten sukurti savitą interpretacinį stilių. Mano nuovoka nesako, kad šis projektas galėtų būti sėkmingas; aš tik perteikiu savo nuojautą, jog politika, menas ir teisė yra kažin kaip susiję filosofijoje.

7. Apie interpretaciją ir objektyvumą*

DU PRIEŠTARAVIMAI

Nuo tada, kai pirmą kartą buvo paskelbtas 6-o skyriaus „Kuo teisė panaši į literatūrą" tekstas, buvau įtrauktas į diskusiją apie jį, kuri tebevyksta iki šiol.[97] Pasinaudosiu šia esė pridurti keletą komentarų, įkvėptų tos diskusijos. Mažiausiai vienas pirminės esė skaitytojas manė, kad nepaisant mano daugelio atsižadėjimų, aš buvau įsipareigojęs kvailai metafizinei interpretacijos teorijai, anot kurios reikšmės objektyviai egzistuoja visatoje, literatūros žanrai yra „patys save paskelbiantys", tekstai funkcionuoja kaip „savaime įsigaliojantis suvaržymas" bet kokiai interpretacijai, todėl interpretacija yra nuogų, neinterpretacinių ir nepasiduodančių prievartai faktų atskleidimas. Žinoma, aš niekada nesakiau nė vieno iš šių dalykų, ir juos neigiau, tačiau, nepaisant to, buvo tariama, kad aš jiems įsipareigojau tuo, ką pasakiau. Mat aš tikrai sakiau, be kitų dalykų, kad interpretavimas skiriasi nuo kūrimo ir kad tam tikros Agathos Christie detektyvo interpretacijos būtų neteisingos, nes iš jos romano padarytų šlamštą. Anot argumento, kurį dabar perpasakoju, šie teiginiai laiko galima kvailą pažiūrą, teigiančią „objektyvumą", pažiūrą, kurią sakiau atmetąs.

Manau, tai rimtas nesusipratimas, kuriam ištaisyti verta skirti pastangų. Jis remiasi klaidinga prielaida apie interpretacinių teiginių *prasmę*, t. y. apie tai, ką žmonės turi galvoje, kai tvirtina ar atmeta tam tikrą veikėjo ar pjesės, ar paprotinės teisės bylų linijos

* Pastaba. Ši nauja esė remiasi medžiaga iš Ronaldo Dworkino „My Reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels): Please Don't Talk about Objectivity Any More", kn.: W. J. T. Mitchell, ed., *The Politics of Interpetations* (Chicago and London: University of Chicago Press, 1983).

interpretaciją. Čia tariama, kad žmonės, kurie daro interpretacinius sprendimus, mano, kad reikšmės, kurias jie perteikia, yra „tiesiog duotos" universume kaip stiprus faktas, kurį kiekvienas gali matyti ir privalo pripažinti. Tačiau tai, ar šitai yra tiesa, yra semantikos klausimas – ar būtent tai mano žmonės, kai teikia interpretacinius teiginius, – ir kai pažvelgiame antrą kartą, pamatome, jog taip nėra, štai dėl kokios lemiamos priežasties. Žmonės, kurie teikia tuos sprendimus, netiki jokia iš šių nesąmonių apie nuogus faktus (aš abejoju, ar čia apskritai yra kuo patikėti) ir vis dėlto toliau teikia ir ginčijasi dėl savo interpretacinių teiginių kaip kritikai ar teisėjai, tardami, kad kai kurie teiginiai yra geresni nei kiti, kad kai kurie yra teisingi, o kiti klaidingi.

Mano esė buvo mėginimas patikslinti klaidingai suprantamą interpretacinių sprendimų objektyvumo teoriją. Paaiškinti interpretacinius teiginius ir argumentus apie literatūrą galime tik liovęsi juos traktavę kaip nesėkmei pasmerktus mėginimus perteikti ontologiškai nepriklausomas reikšmes, išsklidusias visatos tyruose. Vietoj to juos turėtume suprasti kaip specifinius ir kompleksinius estetinius teiginius apie tai, kas tam tikrą meno kūrinį daro geresniu meno kūriniu. Kitaip sakant, interpretaciniai teiginiai yra interpretaciniai, taigi visada priklausomi nuo estetinės ar politinės teorijos. Tačiau tai, kaip stengiausi pabrėžti, reiškia, kad perskyra tarp interpretavimo ir kūrimo pati yra interpretacinio sprendimo produktas, nes mes turime kliautis vienos rūšies interpretaciniu įsitikinimu ar instinktu – apie tai, kokie perskaitymai sugriautų teksto meninį integralumą, – kad galėtume atidėti į šalį kaip netinkamus perskaitymus, kurie, jeigu būtų tinkami, kūrinį padarytų iš tiesų labai gerą. Mums reikia šios interpretacinio spręsmo dimensijos, kad paaiškintume, kodėl, pavyzdžiui, nemanome (taip nemano dauguma iš mūsų), jog interpretacija, aiškinanti Christie detektyvą kaip traktatą apie mirties prasmę, yra gera Christie detektyvo interpretacija, nors mes išties manome, jog mirties reikšmė yra tauri tema.

Taigi priekaištas, kad mano esė svarstomos „objektyvios" reikšmės, yra baisus nesusipratimas. Tačiau mano atsarginis interpretaci-

nių sprendinių prasmės aiškinimas gali išprovokuoti du visai kitokius ir nepalyginti svarbesnius prieštaravimus. Pirmasis yra šis: interpretacija, pagal mano aiškinimą, iš tikrųjų niekuo nesiskiria nuo kūrimo. Perskyra tarp šių dviejų veiklų numato, kad interpretacijos atveju tekstas nustato tam tikrą *suvaržymą* rezultatui. Tačiau pagal mano aiškinimą pats tekstas yra interpretacinių sprendimų produktas. Šiame pasakojime negalima pamatyti didesnio suvaržymo negu Wittgensteino pavyzdyje apie žmogų, abejojusį tuo, ką perskaitė laikraštyje, ir nusipirkusį kitą to paties laikraščio egzempliorių, kad patikrintų tai, kuo suabejojo.

Antrasis prieštaravimas yra dar fundamentalesnis. Jis tvirtina, kad interpretacija, pagal mano aiškinimą, negali būti iš tikrųjų teisinga arba klaidinga, gera arba bloga, nes interpretacijos teisingumą aš darau priklausomą nuo klausimo, kuris eilėraščio ar romano, ar bylų serijos perskaitymas daro jį ar ją estetiškai ir politiškai geriausią, ir negali būti jokio objektyvaus „fakto“, patvirtinančio šios rūšies sprendinį, – tik skirtingos „subjektyvios“ reakcijos. Šis prieštaravimas iškelia argumentą, pažįstamą studijuojantiems moralės filosofiją, kuris kartais vadinamas įvairovę grindžiamu argumentu. Žmonės nesutaria dėl estetinės vertės, taigi dėl to, kurie meno kūriniai yra geresni už kitus. Jie nesutaria dėl teisingumo ir kitų politinių dorybių, taigi dėl to, kurie politiniai sprendimai yra geresni, o kurie – blogesni. Tai ne tokie nesutarimai, kuriuos viena iš šalių galėtų laimėti kokiu nors triuškinančiu argumentu, kurį kiekvienas turi pripažinti. Taigi žmonės ir toliau nesutaria, net kai argumentavimas išsemtas. Šiomis aplinkybėmis, anot antrojo prieštaravimo, niekas negali prasmingai manyti, jog jo paties pažiūros apie geriausią interpretaciją yra „iš tikrųjų“ teisingos. Taigi mano rekomendacijos, kaip grandinės romanistai ir teisėjai turėtų daryti savo sprendimus, pataria jiems veikti vadovaujantis įsitikinimais, kurie yra absurdiški.

PRIKLAUSOMYBĖ NUO TEORIJOS

Ar pirmasis prieštaravimas teisingas? Jis skelbia, kad jeigu visos interpretacijos dalys yra priklausomos nuo teorijos taip, kaip teigiu aš, tai negali būti jokio skirtumo tarp interpretavimo ir kūrimo, nes tekstas gali teikti tik iliuzinį suvaržymą rezultato atžvilgiu. Šį prieštaravimą aš numačiau savo aiškinime, kad interpretaciniai įsitikinimai gali veikti kaip kontrolė *vienas kito atžvilgiu* tokiu būdu, kuris reikalingas išvengti šio rato ir duoti peno interpretaciniams teiginiams. Interpretacinius įsitikinimus suskirsčiau į dvi grupes – į įsitikinimus apie formą ir įsitikinimus apie turinį – ir iškėliau prielaidą, kad nepaisant akivaizdžių sąveikų, šios dvi grupės vis dėlto yra pakankamai atskiros, kad įgalintų pirmuosius varžyti pastaruosius, kaip parodžiau, pasitelkęs grandinės romano pavyzdį.

Pirmasis prieštaravimas galėtų pašalinti mano argumentą didmeniniu arba mažmeniniu būdu. Jis galėtų neigti pačią galimybę, kad skirtingos bendros teorinės struktūros dalys išvis galėtų veikti kaip suvaržymas ar kontrolė viena kitos atžvilgiu. Arba jis galėtų pripažinti šią galimybę, bet neigti jos pritaikomumą literatūrinės ar teisinės interpretacijos atveju. Jeigu nušalinimas yra didmeninis, neigiantis vidinio teorinio suvaržymo galimybę, jis neigia svarbią šių dienų mokslo filosofijos temą. Mat toje disciplinoje gerai žinoma tezė yra ta, kad jokie iš mūsų turimų įsitikinimų apie pasaulį ir tai, kas jame egzistuoja, nėra mums priverstinai teikiami nuo teorijos nepriklausomos, besipriešinančios realybės; kad įsitikinimus turime tik dėl to, kad esame pripažinę kokią nors konkrečią teorinę struktūrą. Anot vienos žinomos šios pažiūros versijos, visas mūsų įsitikinimų apie logiką, matematiką, fiziką ir kita rinkinys liudija visą patirties visumą, kaip viena nedaloma sistema, ir nėra tokios šios sistemos dalies, kuri negalėtų, iš principo, būti peržiūrėta ir kurios būtų galima atsisakyti, jeigu norėtume ar galėtume peržiūrėti ir pataisyti visas kitas dalis. Jeigu laikytumėmės visai kitokių įsitikinimų apie teorines fizikos ir kitų mokslų dalis, tai padalytume pasaulį į labai skirtingus esinius, ir šiuos skirtingus esinius nusakantys

faktai, kuriuos „aptiktume“, būtų visai kitokie nei tie faktai, kuriuos dabar laikome neliečiamais.

Dabar tarkime, kad mes pripažinome šią bendrą pažiūrą į pažinimą ir iš jos išvedėme prieloškiančią išvadą, jog atskiros mokslinės hipotezės iš viso negali būti patikrintos faktais, nes kai teorija jau yra priimta, nesama absoliučiai nepriklausomų faktų, kurių atžvilgiu būtų galima tikrinti tą teoriją. Mes būtume neteisingai supratę filosofinę tezę, kurią norėjome pritaikyti. Mat tos tezės esmė yra ne neigti, jog faktai varžo teorijas, o paaiškinti, kaip jie tai daro. Teiginyje, kad faktai ir priklauso nuo teorijų, ir varžo teorijas, kurios juos aiškina, nesama jokio paradokso. Priešingai, tas teiginys yra esminė ką tik aprašyto pažinimo pavaizdavimo dalis, – pažinimo kaip kompleksiško ir integralaus pažiūrų komplekso, liudijančio patirtį kaip vientisą visumą.

Taigi pirmasis prieštaravimas yra įtaigesnis, jeigu jį perskaitome kaip pašalinantį ne apskritai galimybę nuo teorijos priklausomo pažinimo, bet jo galimybę literatūros ir meno atveju. Faktai kontroliuoja teorijas moksle, nes visa aprėpiantis teorinis mokslo aparatas yra pakankamai sudėtingas, kad įgalintų vidines įtampas, kontrolę ir subalansavimą. Tai būtų neįmanoma, jeigu mokslinio žinojimo sistemoje nebūtų funkcinių perskyrų tarp įvairių įsitikinimo rūšių ir lygmenų. Jeigu mes neturėtume ypatingų ir konkrečių nuomonių apie tai, kas laikytina, pavyzdžiui, stebėjimu, mes negalėtume paneigti įtvirtintų teorijų naujais stebėjimų duomenimis. Pirmasis prieštaravimas turėtų būti suprantamas kaip priekaištaująs, jog mūsų interpretacinės sistemos šiuo atžvilgiu yra daug mažiau sudėtingos nei mūsų mokslinės sistemos, jog pirmosios neturi būtinos vidinės struktūros, kad įgalintų vidinį varžymą, kuris yra pastarųjų bruožas.

Tai, manau, yra įžvalga, kad perskyra tarp sprendinio ir skonio intuicijos dažnai priklauso nuo teorinio aparato sudėtingumo ar paprastumo. Būtų kvaila teigti, kad, pavyzdžiui, mūsų nusistatymai šokoladui vanilės atžvilgiu esą sprendiniai, varžomi faktų apie pačius ledus. Akivaizdus šios rūšies skonio sprendinių „subjektyvumas“ dažnai suprantamas kaip pleištas, atveriantis erdvę bendrajai estetikai ir

net moraliniam skepticizmui. Tačiau ledų atvejį gana lengva paaiškinti tokiu būdu, kuris atskiria, o ne implikuoja sudėtingesnius sprendinius. Nuomonės apie ledus nėra pakankamai susijusios su kitais įsitikinimais ir pažiūromis ir nuo jų priklausomos, kad įgalintų jau susiformavusio, šokoladui palankaus, skonio konfliktą, remiantis kokia kita nuostata. Taigi klausimas, iškeltas pirmojo prieštaravimo, suprantant įdomiau, gali būti formuluojamas paprastai: ar tos rūšies interpretaciniai teiginiai, kuriuos teikia kritikai ir teisininkai, šiuo atžvilgiu panašesni į mokslinius teiginius, ar labiau gretintini su skonio sprendiniais apie ledus? Ar jie turi reikalingą struktūrą, kad įgalintų naudingą vidinio suvaržymo lygį, ar jos neturi?

Skyriuje „Kuo teisė panaši į literatūrą" mėginau parodyti, kad jie išties turi reikalingą struktūrą, ir nėra jokios prasmės kartoti mano argumentus. Aš pabrėžiau skirtumą tarp to, ką vadinau įsitikinimais apie integralumą, susijusiais su dermės dimensijomis, ir to, ką vadinau įsitikinimais apie menines dorybes, susijusiais su vertės dimensijomis. Mėginau parodyti, kaip kiekvienam interpretuotojui šių dviejų pažiūrų ir įsitikinimų kompleksų sąveika ne tik kuria interpretacijos suvaržymus ir standartus, bet ir yra esminė tos veiklos aplinkybė, jo gebėjimo suteikti konkrečią prasmę interpretaciniams sprendiniams pagrindai. Šie du interpretacinių įsitikinimų padaliniai iš tiesų nėra visiškai atriboti vienas nuo kito; aš veikiau teigiu, kad kiekvienam asmeniui jie yra pakankamai izoliuoti, kad tarp jų būtų trintis, taigi kad teiktų prasmę kiekvieno interpretacinei analizei. O tai, kokiu mastu bet kurios iš tų rūšių interpretaciniai įsitikinimai yra – ar turi būti – paplitę žmonių bendruomenėje, kurie tarp savęs kalbasi ir ginčijasi dėl interpretavimo, yra kitas klausimas. Tam tikras bendrumas yra neabejotinai būtinas net tam, kad vienas asmuo suprastų kito sprendinį kaip interpretacinį; tačiau būtų klaida manyti, kad nuomonių sutapimas turėtų būti net toks tobulas, koks jis yra paprastame moksle. Mat mes žinome, kad tarp mūsų jis vieningumu nė iš tolo neprilygsta pastarajam, ir mums, atrodo, pavyko suteikti prasmę tiek sutarimui, tiek nesutarimui dėl interpretacijos. Aš nenoriu, kad ši paskutinė pastaba atrodytų įžūli. Galų gale mes negalime pateikti jokio geresnio atsakymo į

pirmąjį prieštaravimą, kaip tik nurodyti į mūsiškes interpretacijos praktikas. Mat negalėtume turėti jokio pagrindo pripažinti kriterijų, taikomą tam, kas būtina, kad interpretacijai būtų galima suteikti prasmę, kurio mūsų pačių praktikos neišlaikytų, nebent, žinoma, mes turėtume kokį kitą pagrindą jų išsižadėti.

OBJEKTYVUMAS

Mano dėmesys objektyvumo klausimui, kylančiam iš antrojo mano nusakyto prieštaravimo, yra visiškai negatyvus. Aš nematau jokios prasmės mėginti rasti kokį nors bendrą argumentą, kad moraliniai ar politiniai, ar teisiniai, ar estetiniai, ar interpretaciniai sprendiniai yra objektyvūs. Tie, kurie reikalauja tokio argumento, nori kažko kito nei tokie argumentai, kuriuos aš ir jie pateiktume, gindami konkrečius tokių sprendinių pavyzdžius ar atvejus. Tačiau aš neįsivaizduoju, kaip galėtų būti įmanomi kokie nors tokie kitokie argumentai. Aš neturiu kitų argumentų moralinio sprendinio objektyvumui ginti, išskyrus moralinius, jokių argumentų interpretacinių sprendinių objektyvumui ginti, išskyrus interpretacinius, ir taip toliau.

Aš manau, pavyzdžiui, kad vergovė yra neteisinga modernaus pasaulio aplinkybėmis. Aš manau turįs argumentų, patvirtinančių šią pažiūrą, nors žinau, kad jeigu šie argumentai būtų užginčyti, turėčiau galiausiai remtis įsitikinimais, kuriems patvirtinti neturėčiau jokio tolesnio tiesioginio argumento. Aš sakau, kad „aš manau" turįs argumentų ne dėl to, kad nerimauju dėl mano turimų filosofinio statuso argumentų, bet dėl to, kad žinau, jog kiti laikėsi priešingos pažiūros, jog galėčiau nepajėgti juos įtikinti, ir kad iš tiesų jie patys galėtų būti pajėgūs mane įtikinti, jeigu suteikčiau jiems tinkamą progą tai padaryti. Bet dabar tarkime, kad kas nors, išklausęs mano argumentus, paklausia manęs, ar aš turiu kokių nors kitokių argumentų, patvirtinančių tolesnę pažiūrą, jog vergovė yra objektyviai arba realiai neteisinga. Aš žinau, kad neturiu, nes, mano supratimu, tai visai ne tolesnis teiginys, o tiesiog tas pats teiginys, pateiktas šiek tiek kategoriškesne forma.

Žinoma, kas nors galėtų nustatyti tokią žodžio „objektyviai" reikšmę, kuri padarytų tą „tolesnį" teiginį iš tikrųjų kitokį. Jis galėtų sakyti, kad tolesnis klausimas apie tai, ar vergovė yra objektyviai neteisinga, klausia, ar kiekvienas sutinka, jog ji tokia yra, pavyzdžiui, arba sutiktų esant palankioms aplinkybėms refleksijai. Tuo atveju aš pasakyčiau nemanąs kad vergovė yra objektyviai neteisinga. Tačiau šitai niekaip nepaveiks ar nepatikslins mano pradinio sprendinio, kad vergovė yra neteisinga. Aš niekuomet nemaniau, jog visi sutiko ar sutiks.

Taigi aš neturiu jokio intereso mėginti formuluoti bendrą mano interpretacinių ar teisinių, ar moralinių nuomonių objektyvumo gynybą. Iš tikrųjų aš manau, kad visas šis triukšmas dėl objektyvumo, vyraujantis šiandieninėje teorijoje šiose srityse, yra tam tikra klastotė. Turime toliau laikytis savųjų siūlių. Mes turėtume sau patiems atsiskaityti už savo įsitikinimus kiek įmanoma geriau, būdami pasirengę atsisakyti tų, kurie neatlaiko reflektyvinės inspekcijos. Tokius argumentus turėtume teikti ir kitiems, kurių nuomonės nesutampa su mūsų, likdami ištikimi sąžinei, ir nutraukti ginčus, kai joks tolesnis argumentas neatrodo deramas. Aš nenoriu pasakyti, kad tai ir viskas, ką galime padaryti, nes esame padarai, kuriems duota ribota prieiga prie tikros realybės arba neišvengiamai siaura žiūra. Aš noriu pasakyti, jog mes negalime suteikti jokios prasmės idėjai, jog yra įmanoma imtis dar ko nors, sprendžiant, ar mūsų sprendiniai „iš tiesų" yra teisingi. Jeigu koks nors argumentas mane įtikintų, kad mano pažiūros apie vergovę nėra iš tikrųjų teisingos, tai jis turėtų taip pat įtikinti mane atsisakyti savo pažiūrų apie vergovę. Ir jeigu joks argumentas negalėtų manęs įtikinti, jog vergovė nėra neteisinga, joks argumentas negalėtų manęs įtikinti, jog ji nėra „iš tikrųjų" neteisinga.

Tačiau aš negaliu nusigręžti nuo objektyvumo problemos taip, kaip norėčiau, ir Fisho esė parodo, kodėl negaliu. Tokie žmonės kaip Fishas sako, jog tame, ką aš ir kiti manome apie teisę, moralę ir literatūrą, esama radikalios klaidos. Mūsų argumentai taria, pasak jų, jog sprendiniai šiose veiklose gali būti objektyviai teisingi arba

klaidingi, tačiau iš tikrųjų jie negali tokie būti. Kadangi aš laikausi pažiūros, kurios laikausi, apie tai, ką objektyvumo teiginys šiose disciplinose gali reikšti, jaučiu pagundą atsakyti argumentais už sprendinius, kurie, pasak jų, negali būti objektyvūs. Aš noriu atremti teiginį, jog moraliniai sprendiniai negali būti objektyvūs, pakartodamas savo argumentus, kodėl, pavyzdžiui, vergovė yra neteisinga. Tačiau jie nenori, kad jų argumentai būtų šitaip suvokiami. Moralės filosofas, neigiantis, kad vergovė gali būti iš tikrųjų ar objektyviai neteisinga, nenori būti suprastas kaip besilaikantis tokios pozicijos kaip fašistas, kuris argumentuoja, jog vergovė nėra joks blogis. Jis tvirtina, kad jo argumentai yra visai ne moraliniai argumentai, o filosofiniai visai kitokio pobūdžio argumentai, į kuriuos aš turiu atsakyti visai kitokiu būdu.

Tačiau aš negaliu to padaryti, kol nesuprantu skirtumo tarp teiginio, kad vergovė yra neteisinga, ką neigia fašistas, ir teiginio, kad vergovė yra iš tikrųjų ar objektyviai neteisinga, ką neigia filosofas skeptikas. Filosofas sako: pastarasis teiginys yra kitoks, nes jis teigia, kad vergovės neteisingumas yra visatos sandaros dalykas, kad jis iš tikrųjų yra tam tikra prasme „objektyviai". Mes vėl grįžome į nesuvokiamų metaforų šalį. Aš išties manau, kad vergovė yra neteisinga, kad šitai nėra „tik mano nuomonė", kad kiekvienas turėtų taip manyti, kad kiekvienas turi priežastį priešintis vergovei ir t. t. Ar šitaip manyti – reiškia manyti, jog vergovės neteisingumas yra visatos sąrangos dalis? Jeigu taip, tai aš išties taip manau, tačiau tuomet negaliu įžvelgti skirtumo tarp teiginio, kad vergovė yra neteisinga, ir teiginio, kad vergovės neteisingumas yra visatos sąrangos dalis. Šitaip interpretuojamas, teiginys apie sąrangą tapo moraliniu teiginiu apie tai, ką aš ir kiti turėtų manyti ir daryti, ir aš nesuprantu, kaip gali būti įmanomas koks nors argumentas prieš šį moralinį teiginį, kuris nėra moralinis argumentas. Koks kitos rūšies argumentas gal galėtų įtikinti mane atsisakyti šių teiginių apie tai, ką kiti turėtų manyti ir daryti?

Tačiau filosofas tvirtintų, kad aš neužčiuopiu esmės. Kai dėl moralinių nuomonių, sakys jis, jo nuomonė sutampa su manąja. Jis taip pat mano, kad vergovė yra neteisinga. Jis nesutaria su manimi ne

moralės *viduje*, o *dėl* moralės. Kaip šitai įmanoma? Kaip jis gali manyti, kad vergovė yra neteisinga, ir taip pat manyti, kad jokie politinės moralės teiginiai negali būti realiai ar objektyviai teisingi? Keletą dešimtmečių buvo labai populiarus vienas paaiškinimas. Filosofai skeptikai sakė, kad tai, kas atrodo kaip moraliniai įsitikinimai, iš tikrųjų yra visai ne įsitikinimai, o tik emocinės reakcijos. Taigi kai filosofas sako, po darbo, kad vergovė yra neteisinga, jis tik perteikia ar reiškia savo paties subjektyvią reakciją į vergovę, ir nesama jokio nenuoseklumo, kai, grįžęs į tarnybą, jis vėl sako, kad jokie moraliniai teiginiai negali būti teisingi. Tačiau šis paaiškinimas neišgelbės, nes nuostatos, kurias filosofai mėgina diskredituoti šitokiu būdu, jų pačių mentalinėje erdvėje nefunkcionuoja kaip emocinės reakcijos. Jie svarsto argumentus, laikosi arba atsisako įvairių pozicijų, atsiliepdami į argumentus, mato logines ir kitas sąsajas tarp šių pozicijų ir tų sąsajų paiso, taip pat kitais atžvilgiais jų elgesio stilius yra būdingas įsitikinimui, o ne tiesiog subjektyviai reakcijai. Taigi jų moralinių įsitikinimų kaip emocinių reakcijų peraiškinimas yra tiesiog prastas nusakymas. Faktas tas, jog jie mano, kad vergovė yra neteisinga.

Dabar apsvarstykime naujesnį aiškinimą, kaip įmanoma taip manyti ir vis tiek būti skeptiškam. Tarkime, kad mes darome perskyrą tarp tiesos specialaus žaidimo ar veiklos viduje ir realios ar objektyvios tiesos anapus tos veiklos ar žaidimo. Imdami literatūrinę kūrybą kaip modelį, mes galėtume pasakyti, kad tam tikro pasakojimo kaip veiklos viduje tas ir tas nužudė Rogerį Ackroydą. Tačiau realiame pasaulyje, anapus tos veiklos, Rogeris Ackroydas niekada neegzistavo, taigi negali būti teisinga sakyti, kad kas nors jį nužudė. Kaip nors panašiai mes galėtume būti linkę suvokti ir moralės, meno, teisės bei interpretacijos socialines elgsenas. Veiklos viduje mes teikiame argumentus ir laikomės tam tikrų įsitikinimų, – kad vergovė yra neteisinga, pavyzdžiui, arba kad Christie romanai demonstruoja tam tikrą požiūrį į blogį. Tačiau kai mes stovime anapus tos veiklos, mes žinome, kad joks tokio pobūdžio teiginys negali būti iš tikrųjų ar objektyviai teisingas.

Ši strategija yra patraukli, nes, kaip ką tik pasakiau, skeptikai ne

tik turi moralines ir interpretacines nuomones, bet ir traktuoja jas kaip įsitikinimus, ir šis naujas vaizdelis paaiškina, kaip ir kodėl. Kai žmonės teikia interpretacinius ar moralinius, ar teisinius sprendinius, sako jis, jie žaidžia tam tikrą įsivaizdavimo žaidimą, klausdami savęs, kuri interpretacija būtų geresnė, jeigu kokia nors iš tikrųjų galėtų būti geresnė, arba kokia būtų morališkai teisinga, jeigu kas nors iš tikrųjų galėtų būti morališkai teisinga, ir t. t. Nesama priežasties, kodėl filosofai skeptikai patys neturėtų „žaisti žaidimo", nors ir žino, kad iš tikrųjų, objektyviai kalbant, tai yra vien nesąmonės.

Tačiau dabar sugrįžome į pradžios tašką, ir mano pradinė problema, – kad aš nesuprantu, kokį skirtumą gali sukurti žodis „objektyviai", – išlieka. Mat tas paaiškinimas taria, jog mes galime atskirti žaidimą nuo tikrojo pasaulio, jog galime atskirti teiginį, kad vergovė yra neteisinga, teikiamą kaip ėjimas kokioje nors kolektyvinėje veikloje, kurioje tokie sprendiniai yra teikiami ir debatuojami, nuo teiginio, kad vergovė yra iš tikrųjų ir objektyviai neteisinga realiame pasaulyje; arba kad mes galime atskirti teiginį, kad Christie romanai yra apie blogį, teiginį, siūlomą kaip ėjimas kitokio pobūdžio veikloje, nuo teiginio, kad jie iš tiesų yra apie blogį, teikiamo kaip teiginys apie tai, kokie dalykai yra iš tikrųjų. Jis, tas aiškinimas, taria, jog mes galime atskirti šiuos teiginius kaip dvi skirtingas teiginių rūšis taip, kaip skiriame teiginius apie Rogerį Ackroydą kaip veikėją romane nuo teiginių apie Rogerį Ackroydą kaip istorinį veikėją. O būtent šito mes negalime padaryti, nes žodžiai „objektyviai" ir „iš tikrųjų" negali pakeisti moralinių ar interpretacinių sprendinių prasmės. Jeigu moraliniai ar estetiniai, ar interpretaciniai sprendiniai turi tokią prasmę ir galią, kokią jie turi, tiesiog dėl to, kad jie figūruoja kolektyvinėje žmonių veikloje, tai tokie sprendiniai negali turėti „realios" prasmės ir „tikros" tiesos vertės, kuri pranoksta tą veiklą ir kažin kaip įvaldo „realų" pasaulį.

Man dar nebuvo suteiktas joks pagrindas manyti, jog koks nors skeptinis argumentas apie moralę gali būti kitoks, ne moralinis, arba kad skeptinis argumentas apie teisę gali būti kitoks, ne teisinis argumentas, arba kad skeptinis argumentas apie interpretaciją kitoks, ne

interpretacinis argumentas. Aš manau, kad objektyvumo problema, kaip ji paprastai keliama, yra akių dūmimas, nes perskyra, kuri galėtų suteikti jai prasmę, – perskyra tarp konkrečių argumentų socialinių elgsenų viduje ir skeptinių argumentų apie socialines elgsenas, – pati yra akių dūmimas. Tačiau dabar turiu būti pakankamai apdairus, kad apsidrausčiau nuo neteisingo to, ką pasakiau, supratimo. Kas nors galėtų pasakyti, kad mano pozicija yra giliausia, kokia tik įmanoma, skepticizmo dėl moralės, meno ir interpretacijos forma, nes iš tiesų aš sakau, jog moraliniai ar estetiniai, ar interpretaciniai sprendiniai negali nusakyti nepriklausomos objektyvios realybės – jie neįmanomi. Tačiau aš taip nesakiau. Aš sakiau, jog klausimas, kas yra „nepriklausomumas" ir „realumas", bet kokios elgsenos atveju yra klausimas tos elgsenos viduje, todėl tai, ar moraliniai sprendiniai gali būti objektyvūs, pats yra moralinis klausimas, o tai, ar esama objektyvumo interpretacijoje, pats yra interpretacijos klausimas. Su šituo susijusi grėsmė yra ne ta, kad skepticizmas tampa neišvengiamas, o ta, kad jis tampa neįmanomas.

SKEPTICIZMAS

Šitai graso padaryti skepticizmą neįmanomą, nes atrodo, jog čia neigiama, kad, pavyzdžiui, kas nors gali kritikuoti moralę, pats nesilaikydamas moralinio požiūrio. Skepticizmas, pagal šį aiškinimą, būtų save paneigiantis, mat jeigu skeptikas turi teikti moralinius argumentus, kad kvestionuotų moralę, jis turi pripažinti prasmę ir teisėtumą argumentų, kurių prasmę ir teisėtumą jis nori paneigti. Tačiau šitai taip pat yra perdėtas teiginys, nes ignoruoja tai, ką mėginau pabrėžti visoje savo pirminėje esė, o būtent moralinių ir interpretacinių praktikų, kurias skeptikai nori užginčyti, sudėtingumą. Mano argumentai apie objektyvumą netgi palieka erdvės labai bendro skepticizmo, kaip pozicijos jo ginčijamos veiklos *viduje*, galimybei.

Jau esu pažymėjęs vieną skeptinių argumentų apie interpretacinius sprendinius rūšį. Kas nors galėtų pamėginti parodyti, jog interpretaciniai sprendiniai yra pernelyg nestruktūruoti ir nesusiję, kad

būtų kontroliuojami kitų sprendinių taip, kaip tokius sprendinius reikalauja kontroliuoti interpretacijos veikla – pernelyg nestruktūruoti, kad net tos veiklos viduje galiotų kaip įsitikinimai. Ši skepticizmo forma išties reikalauja laikytis kokios nors minimalios pozicijos, – kuri vis dėlto galėtų būti kontroversiška tarp interpretuotojų, – dėl interpretacijos tikslo ir vertės. Iš tikrųjų ji atrodo besiremianti būtent tuo požiūriu, kurį gyniau savo esė, – jog įtikinamos interpretacijos privalo būti susietos su normatyvinėmis estetinėmis ar politinėmis teorijomis, kurios pačios yra įtikinamos. Šią labai bendrą prielaidą apie interpretacijos tikslą ji naudoja pagrįsti sėkmingų interpretacijų negalimybei, o šitai turi būti pakankamai skeptiška kiekvieno akyse. (Ji taip pat sąlygoja klaidingą interpretacijos psichologiją, ir kaip tik dėl to nepavyksta.) Tačiau šios rūšies tariu, kad ir labai bendras, yra vis dėlto vidinis ta prasme, kurią dabar tariu. Tas, kuris pripažįsta šį argumentą, negalėtų po to pridurti, jog, jo asmenine nuomone, Christie romanas iš tikrųjų yra blogio prigimties studija.

Esama daug kitų – ir įtikimesnių – galimybių skepticizmui interpretacijos viduje. Interpretuotojas galėtų pripažinti kokią nors teoriją apie meno tikslą ar vertę, anot kurios tam tikri (ar netgi visi) interpretaciniai klausimai tiesiog neturi atsakymo, nes joks atsakymas į šiuos klausimus negali lemti jokio skirtumo meno kūrinio vertės požiūriu. Kas nors tikrai galėtų manyti, pavyzdžiui, jog senas klausimas, ar Hamletas ir Ofelija buvo meilužiai, neturi atsakymo, nes joks atsakymas nesikirstų su jokiu dramos vertės kriterijumi. Pjesė negalėtų būti perskaityta geriau vienu, o ne kitu būdu. Kone kiekviena meno teorija turėtų tokią implikaciją kai kuriems klausimams – ar Hamletas miegojo ant šono, pavyzdžiui. Tačiau kai kurios turėtų ją daugumai klausimų, kurie rūpi kritikams, ir šios teorijos pateiks labai skeptiškus interpretacijos aiškinimus.

Netgi galime įsivaizduoti skeptinį argumentą, kylantį iš klausimų, kurie atrodo svarbūs Fishui ir jo skeptiškiems kolegoms. Jie telkiasi į tą faktą, kad du interpretuotojai dažnai nesutars dėl to, koks literatūrinio kūrinio apibūdinimas yra teisingas, nes apibūdinimai labai priklauso nuo teorijos. Tikriausiai būtent šitai jie nori pasakyti

tomis nelemtomis metaforomis apie tai, jog reikšmės neegzistuoja „tiesiog štai ten" (*just there*). Jeigu kas nors mano, kad interpretacijos tikslas yra užtikrinti plataus masto tarpasmeninį sutarimą, jis pažymės, jog interpretacija, kaip ji šiandien praktikuojama, nežada tokios perspektyvos, ir padarys atitinkamas globalias skeptines išvadas. Tačiau jo argumentai tuomet priklausys nuo tos pažiūros į veiklos tikslą įtikimumo.

Visos šios skirtingos skepticizmo dėl interpretacijos formos reiškia vidinį santykį su ta veikla. Jos laikosi kokio nors kontroversiško požiūrio į interpretacijos tikslą ar esmę taip pat kaip pozityvios teorijos, tačiau pažiūra, kurios jos laikosi, turi skeptines implikacijas. Galime nesunkiai sukonstruoti panašių vidinio skepticizmo apie meno vertę ir apie politinę moralę pavyzdžių. Šios rūšies skepticizmui nekyla jokia nuoseklumo problema, nes turime reikalą nebe su dviejų pozicijų mitu, – vidinės pozicijos, kurioje būdamas interpretuotojas turi savo atsakymą į interpretacinius klausimus, ir išorinės pozicijos, iš kurios jis pripažįsta, jog tokie klausimai negali turėti atsakymo. Tas, kuris sako, jog nesama atsakymo į klausimą apie Hamletą ir Ofeliją, nes joks atsakymas nedaro pjesės geresnės ar blogesnės nei kitas atsakymas, toliau pasakys, jog, jo asmenine nuomone, jie buvo meilužiai.

Jeigu atsisakome šio mito, sukeliame ne skepticizmo neįmanomybės grėsmę, bet neįmanomybės to, ką mes galėtume pavadinti – priešpriešindami toms skepticizmo rūšims, kurias pripažinome, – išoriniu skepticizmu. Išorinis skeptikas taria, jog visus interpretacinius sprendinius jis gali kontroliuoti kokios nors išorinės tikrovės atžvilgiu, kurios turinys turi būti nustatomas ne tais argumentais, kuriuos įprastus padarė praktika, o turi būti užčiuoptas kokiu nors kitu būdu. Jis taria, jog gali žengti absoliučiai anapus veiklos, interpretaciniams sprendiniams suteikti kokią nors kitokią prasmę nei ta, kurią jie turi jos viduje, tikrinti šiuos šitaip suvokiamus sprendinius kokiu nors būdu, kuris skiriasi nuo darbo su argumentais, pasitelkiamais jiems ginti ir prieš juos įprastinėje interpretacijos praktikoje, ir konstatuoti juos visus esant klaidingus ar beprasmiškus, vertinant šio tariamai objektyvesnio standarto atžvilgiu. Jeigu mes atmetame

šios rūšies išorinį skepticizmą, tai galėtume pasakyti – Fishui ir kitiems, norintiems būti skeptikais, – jog savo ekstravagantišką teiginį, – kad bet koks tekstas įgalina bet kokią interpretaciją – jie gali padaryti gerą vieninteliu būdu – pateikdami tikrą tai pagrindžiantį argumentą, išdėstydami kokią nors priimtiną normatyvinę meninio integralumo teoriją, kuri turi tą implikaciją. Jeigu Fishas nori, kad mes svarstytume tokį argumentą, jis turi iš pat pradžių mus įtikinti savo paties garbingumu. Jeigu jis iš tiesų pats išpažįsta tokią teoriją, turėtų atsisakyti, kaip nenuoseklių, savo paties mėgstamiausių tekstų interpretacijų, įskaitant, pavyzdžiui, jo *Paradise Lost* interpretaciją, ką jau kalbėti apie *Peril at End House.*

Žinoma, jeigu jis iš tiesų pateiktų tokį argumentą, galiausiai jis galėtų mus įtikinti. Mes negalime užtikrintai iš anksto pasakyti, kad jis mūsų neįtikintų. Vienintelė skepticizmo rūšis, kurios galimybę pašalina mano ankstesnės pastabos, yra skepticizmas, atnešamas į veiklą iš išorės, skepticizmas, kuris nesiima jokių tos rūšies argumentų, kurių reikalauja ta veikla, skepticizmas, kuris paprasčiausiai yra užvožiamas ant mūsų įvairių interpretacinių ir politinių įsitikinimų pyrago, kažin kaip išlaikydamas juos sveikus ir nepaliestus. Šios rūšies skepticizmas negali sudaryti jokio skirtumo mūsų pačių pastangų suprasti ir patobulinti interpretaciją apskritai, meną ir teisę atžvilgiu. Ko mes netenkame jo atsisakydami?

TREČIA DALIS

LIBERALIZMAS IR TEISINGUMAS

8. Liberalizmas*

Šioje esė pasiūlysiu teoriją, aiškinančią, kas yra liberalizmas. Tačiau iškart susiduriu su problema. Mano projektas taria, jog esama tokio dalyko kaip liberalizmas, bet štai staiga išpopuliarėja opinija, jog tokio dalyko nesama. Kadais prieš Vietnamo karą politikai, save vadinę „liberalais", laikėsi tam tikrų pozicijų, kurias galima identifikuoti kaip grupę. Liberalai pasisakė už didesnę ekonominę lygybę, už internacionalizmą, už žodžio laisvę ir prieš cenzūrą, už didesnę lygybę tarp rasių ir prieš segregaciją, už griežtą Bažnyčios ir valstybės atskyrimą, už didesnę procedūrinę apkaltintųjų nusikaltėlių apsaugą, už „moralės" pažeidimų dekriminalizaciją, būtent – narkotikų vartojimo ir savanoriškų lytinių santykių, kuriuose dalyvauja tik suaugusieji, dekriminalizavimą ir už agresyvų centrinės valdžios galios naudojimą visiems šiems tikslams pasiekti. Tokių būta, pasak žinomos frazės, liberaliųjų „idealų" (*causes*), ir tuos, kurie rėmė šiuos siekius, būtų galima atskirti nuo kitos stambios politinių nuostatų partijos, kurią patogumo dėlei būtų galima vadinti „konservatyvia". Konservatoriai buvo linkę laikytis kiekvienam iš klasikinių liberalinių idealų priešingų pozicijų.

Tačiau virtinė procesų 7-ajame ir 8-ajame dešimtmečiuose išprovokavo klausimą, ar liberalizmas vis dėlto buvo atskira politinė teorija. Vienas iš tokių įvykių buvo karas. Johnas F. Kennedy ir jo žmonės save vadino liberalais; taip save vadino ir Johnsonas, kuris išlaikė

* Pastaba. Pirmą kartą publikuota kn. Stuart Hampshire, ed., *Public and Private Morality* (Cambridge: Cambridge University Press, 1978). ©1978 Cambridge University Press.

Kennedy'io žmones ir jų būrį papildė savo parinktais liberalais. Tačiau karas buvo nehumaniškas ir diskreditavo idėją, jog liberalizmas yra žmoniškumo partija. Žinoma, būtų buvę įmanoma argumentuoti, jog Bundy ir McNamara ir Rostowai buvo netikri liberalai, paaukoję liberalius principus asmeninės galios labui, arba nekompetentingi liberalai, nesupratę, jog liberalūs principai draudžia tai, ką jie daro. Tačiau daugelis kritikų padarė kitokią išvadą, – jog karas atskleidė slaptus ryšius tarp liberalizmo ir eksploatacijos. Kai šios tariamos sąsajos buvo atskleistos, imta manyti, kad jos apima ir vidaus, ne tik išorinę eksploataciją, ir liniją tarp liberalizmo ir konservatizmo tuomet imta manyti esant apgaulingą.

Antra, politika pradėjo kelti klausimų, kurių nebeatrodė įmanoma suskirstyti į liberalų ir konservatorių. Pavyzdžiui, buvo neaišku, ar rūpinimasis aplinkos sauga nuo taršos, netgi ekonominio augimo kaina, – augimo, kuris galėtų sumažinti nedarbą, – yra (ar ne) liberalinis siekis. Vartotojo gynimas vienodai angažavo vartotojus, kurie save vadino liberalais, ir tuos, kurie sakė esą konservatoriai. Daugelis skirtingų grupių – ne tik aplinkosaugos aktyvistai bei vartotojų teisių gynėjai – oponavo tam, ką jie vadino augimo mentalitetu, t. y. prielaidą, jog svarbus valdžios tikslas turėtų būti padidinti šalies suminę gerovę ar produktą. Tapo madinga reikalauti daugiau vietinės kontrolės politinių sprendimų atžvilgiu suteikti mažoms grupėms, ne tik dėl to, kad sprendimai, priimti vietiniu lygmeniu, tikėtina, bus geresni, bet ir dėl to, kad asmeniniai politiniai abipusės pagarbos ir bendradarbiavimo santykiai, kuriami vietinių sprendimų, yra pageidautini patys savaime. Oponavimas augimui dėl augimo bei galios koncentracijai atrodo liberalus savo dvasia, nes liberalai tradiciškai priešinosi stambaus verslo augimui ir tradiciškai rėmė politinę lygybę. Tačiau šios pozicijos vis dėlto smerkia centralizuotos ekonominės ir politinės organizacijos strategijas, kurios bent jau nuo Naujojo kurso laikų laikytos aiškiai liberaliomis strategijomis.

Trečia, dėl to politikai ėmė nebe taip noriai kaip anksčiau tapatintis su „liberalais" ar „konservatoriais" ir labiau tikėtinas tapo politinių pozicijų, anksčiau laikytų liberaliomis, kombinavimas su tomis,

kurios anksčiau laikytos konservatyviomis. Pavyzdžiui, prezidentas Carteris pozicijas dėl žmogaus teisių, kurios atrodė „liberalios“, skelbė drauge su „konservatyviomis“ pozicijomis dėl svarbos išlaikyti nacionalinio biudžeto balansą net ir gerovės programų plėtros kaina, ir daugelis komentatorių jo netikėtą išrinkimą aiškino jo gebėjimu šitaip laužyti politines kategorijas. Britanijoje taip pat atsirado naujų senųjų pozicijų kombinacijų: pavyzdžiui, naujoji leiboristų vyriausybė neatrodo „liberalesnė“ už torius cenzūros klausimais ir vargu ar liberalesnė imigracijos ar policijos procedūrų klausimais.

Reagano prezidentavimas ir Thatcher administracija sustabdė šį procesą ir atgaivino savo tautų jausmą, jog esama svarbios linijos tarp liberalizmo ir konservatizmo. Problemos, kurios sukrėtė tą perskyrą 8-ajame dešimtmetyje, dabar yra nustumtos nuošalėn; ginčai dėl ekonominio teisingumo ir nacionalinio saugumo tapo triukšmingesni ir skatina didesnį susiskaldymą, tad priskirti politikus liberaliajai arba konservatyviajai pusei šiais klausimais yra lengviau. Tačiau kilo naujų diskusijų tarp „senųjų“ liberalų ir „neo“ liberalų. Dalyvaudamas rinkimų kovoje kaip Demokratų partijos kandidatas Walteris Mondale'is buvo vadinamas senojo sukirpimo liberalu, ištikimu nuostatai dėl itin svaraus vyriausybė prižiūrimojo vaidmens ekonominiuose reikaluose; Gary Hartas, priešingai, buvo laikomas naujųjų liberalų ruporu, atmetančių Naujojo kurso nuostatas kaip netinkamas tautai, kuriai reikia lankstesnio ir subtilesnius skirtumus matančio požiūrio į industrinę politiką. Leiboristų partija Britanijoje pasuko į kairę; daugelis iš iškiliausių „liberalų“ toje partijoje ją paliko, kad sudarytų Socialdemokratų partiją, kuri, – teigia jie, – dabar neša tikrojo liberalizmo vėliavą.

Aš noriu pateikti argumentų, kad liberalizmo šerdis yra tam tikra lygybės koncepcija, kurią vadinsiu liberalia lygybės koncepcija. Tačiau tai daro prielaidą, jog liberalizmas yra autentiška ir koherentiška politinė moralė ir dėl to prasminga kalbėti apie „jo“ centrinį principą; bet ką tik aprašytoji istorija gali būti suprantama kaip įtaigojanti, kad taip nėra. Gali atrodyti, jog vietoj to siūloma štai kokia skeptinė tezė. „Žodis „liberalizmas“ nuo pat aštuonioliktojo amžiaus

vartotas nusakyti įvairioms politinių pozicijų grupėms, tačiau neiškeliant jokio reikšmingo panašumo principo atžvilgiu tarp skirtingų grupių, skirtingu laiku vadintų „liberaliomis“. Paaiškinimo, kodėl įvairiomis aplinkybėmis susiformavo skirtingos grupės arba kodėl tos istorijos buvo vadinamos „liberaliomis“, negalima rasti ieškant kokio nors tokio principo. To paaiškinimo veikiau reikia ieškoti sudėtinguose istorijos sutapimuose, kuomet tam tikrų grupių savanaudiškas interesas, tam tikros politinės retorikos vyravimas bei daugelis kitų konkrečių veiksnių suvaidino tam tikrą vaidmenį. Viena tokia grupė dėl šitokių priežasčių susiformavo Naujojo kurso laikotarpiu: ji derino nelygybės mažinimo pabrėžimą su didesnio ekonominio stabilumo – kartu su platesnės politinės ir pilietinės laisvės grupėms, tuomet kovojusioms dėl šių tikslų, reikalavimu. Mūsų dabartinę „liberalo“ sampratą formavo būtent to paketo politiniai tikslai.“

„Tačiau jėgos, kurios suformavo ir išlaikė tą paketą, dabar yra įvairiais atžvilgiais pakitusios. Pavyzdžiui, verslininkai dabar ėmė suprasti, kad įvairūs to paketo elementai – ypač tie, kurie palaiko ekonominį stabilumą, – yra jiems labai naudingi. Baltieji darbininkai ėmė suvokti, kad tam tikros rasinėms mažumoms taikomos ekonominės ir socialinės lygybės rūšys kelia grėsmę jų interesams. Politinėmis laisvėmis naudojosi ne tik – ar netgi daugiausia ne – tie, kurie troško pasiekti ribotą ekonominę lygybę, numatomą Naujojo kurso, bet ir socialiniai maištininkai, grasantys socialinės tvarkos ir viešosios pagarbos idealams, kuriais senasis liberalas neabejojo. Izraelio klausimas ir intelektualų teisių pažeidimai Sovietų Sąjungoje privertė senąjį liberalą atsisakyti savo ankstesnės tolerancijos Sovietų Sąjungos ir jos galios ekspansijos atžvilgiu. Taigi Naujojo kurso „liberalizmas“, kaip politinių pažiūrų paketas, nebėra reikšminga politinė jėga. Gal dar susiformuos naujas nuostatų kompleksas, kurį jo rėmėjai ir kritikai pavadins „liberaliu“. Gal ne. Šitai nėra labai svarbu, mat naujasis kompleksas, ar vadinamas liberalizmu, ar ne, neturės jokių tikrų principinių sąsajų su senuoju liberalizmu. Liberalizmo, kaip fundamentalios politinės teorijos, produka-

vusios liberalių siekinių paketą, idėja yra mitas, neturintis visiškai jokios aiškinamosios galios."

Tai skeptiko aiškinimas. Tačiau esama alternatyvaus aiškinimo, kodėl iširo liberalių idėjų paketas. Bet kokioje koherentiškoje politinėje programoje esama dviejų elementų: pagrindinių politinių pozicijų, kurios yra vertinamos savaime, dėl jų pačių, ir išvestinių nuostatų, kurios vertinamos kaip strateginės – kaip priemonės pagrindiniams tikslams pasiekti.[98] Skeptikas mano, jog liberalusis idėjų paketas neturėjo visai jokios konstitutyvios politinės moralės; tai būta paketo, susiformavusio atsitiktinumų dėka ir išlaikomo savanaudiškų interesų. Alternatyvus aiškinimas tvirtina, jog tas paketas turėjo konstitutyvią moralę ir iširo – tuo mastu, kuriuo taip atsitiko, – dėl to, kad tapo nebe taip aišku, kurios išvestinės nuostatos geriausiai tarnauja tai konstitutyviai moralei.

Pagal šį aiškinimą, Naujojo kurso liberalizmo suirimas buvo ne kokio nors ūmaus nusivylimo ta fundamentalia politine morale pasekmė, o veikiau visuomenės ir aplinkybių permainų pasekmė, – permainų, dėl kurių imta abejoti, ar senosios tos moralės įgyvendinimo strategijos buvo teisingos. Jeigu šis alternatyvus aiškinimas teisingas, tai liberalizmo, kaip fundamentalios politinės moralės, idealas yra ne pasenęs mitas, bet idėja, būtina bet kokiam adekvačiam modernios politinės istorijos aiškinimui ir bet kokiai adekvačiai dabartinių politinių debatų analizei. Ši išvada, suprantama, bus patraukli tiems, kurie ir toliau save laiko liberalais. Tačiau tai turi būti ir liberalizmo kritikų tezė, bent jau tų, kurie tvirtina, kad liberalizmas yra iš prigimties išnaudotojiškas arba lemiantis svarbių bendruomenės vertybių destrukciją, arba kokiu nors kitu atžvilgiu kenksmingas. Mat šie nusiteikę nepalikti akmens ant akmens kritikai, ne mažiau nei šalininkai, turi neigti, kad Naujojo kurso liberalinis konsensas buvo tik atsitiktinis politinių nuostatų sutapimas.

Tačiau, žinoma, mes negalime nuspręsti, ar pranašesnis yra skeptinis aiškinimas, ar šis alternatyvus aiškinimas, jeigu pastarajam nepriskiriame kokios nors teorijos, aiškinančios, kurie liberaliausiojo paketo elementai laikytini esminiais, o kurie – išvestiniais. Deja, libe-

ralai ir jų kritikai nesutaria – tiek kiekvienos iš minėtų dviejų grupių viduje, tiek grupių tarpusavio ginče – būtent dėl šio klausimo. Pavyzdžiui, kritikai dažnai sako, jog liberalai yra įsipareigoję ekonominiam augimui, biurokratiniam valdžios ir industrijos aparatui, kuris būtinas tam ekonominiam augimui, ir gyvenimo formai, kai augimo siekiama dėl jo paties, gyvenimo formai, pabrėžiančiai konkurenciją, individualizmą ir materialinį atlygį. Neabejotina tiesa yra tai, jog politikai, kuriuos mes laikome pavyzdiniais liberalais, tokie kaip Hubertas Humphrey ir Roy Jenkinsas, pabrėžė ekonominio augimo būtinybę. Tačiau ar šis augimo akcentavimas yra pagrindinio principo dalykas dėl to, kad liberalizmas yra susijęs su kokia nors utilitarizmo forma, kuri bendrą klestėjimą skelbia savaiminiu gėriu? Jeigu taip, tai daugelio liberalų nusivylimas augimo idėja yra pagrįstas skeptine pažiūra, jog liberalizmas buvo laikinas nesusijusių politinių nuostatų aljansas, kurio dabar išsižadėta. O gal tai veikiau išvestinės strategijos liberalios teorijos viduje dalykas – pavyzdžiui, diskutuotinos strategijos ekonominei nelygybei sumažinti, – taigi dalykas, dėl kurio liberalai galėtų nesutarti be gilaus skilimo ar krizės? Į šį klausimą negalima atsakyti tiesiog nurodant pripažintą faktą, jog daugelis iš tų, kurie save vadina liberalais, kadaise entuziastingiau rėmė ekonominę plėtrą nei dabar, lygiai kaip negalima parodyti, jog esama principo sąsajos tarp imperializmo ir liberalizmo, tiesiog įvardijant žmones, save vadinusius liberalais ir buvusius tarp tų, kurie buvo atsakingi už Vietnamo karą. Lemiami čia yra klausimai dėl teorinio ryšio, ir tiesiog rodyti į istoriją be bent kokios nors hipotezės apie tų ryšių esmę yra beprasmiška.

Tokį patį klausimą reikia kelti dėl bendresnės ryšio tarp liberalizmo ir kapitalizmo problemos. Daugelis iš tų, kurie save vadino liberalais, ir Jungtinėse Valstijose, ir Britanijoje, troško rinkos ekonomiką padaryti teisingesnę tiek proceso, tiek rezultatų atžvilgiu arba hibridizuoti rinką ir kolektyvinę ekonomiką, užuot visiškai pakeitus rinką grynai socialistine sistema. Šitai yra pamatas įprastam kaltinimui, jog nesama tikro skirtumo – Vakarų politikos kontekste – tarp liberalų ir konservatorių. Tačiau ir vėl: yra įmanomi skirtingi požiūriai į

ryšį tarp kapitalizmo ir liberalizmo. Gali būti, kad pagrindinės Naujojojo kurso liberalizmo nuostatos turi apimti ir patį verslo laisvės principą arba laisvės principus, kuriuos gali patenkinti tik rinkos ekonomika, – dėl konceptualių priežasčių. Jeigu taip, tai bet kokie rinkos suvaržymai, – per perskirstymą ar reguliaciją, ar mišrią ekonomiką, – kuriems galėtų pritarti liberalas, būtų kompromisas su pamatiniais liberaliais principais, – kompromisas, priimamas galbūt iš praktinės būtinybės tam, kad pamatinė struktūra būtų apsaugota nuo revoliucijos. Šis atskleidimas patvirtintų kaltinimą, jog ideologiniai skirtumai tarp liberalizmo ir konservatyvizmo yra reliatyviai nesvarbūs. Jeigu kas nors būtų įtikintas visiškai atsisakyti kapitalizmo, jis nebebūtų liberalas; jeigu daugelis buvusių liberalų taip padarytų, tai liberalizmas kaip politinė jėga būtų suluošintas. Tačiau galbūt, priešingai, Naujojo kurso liberalizme kapitalizmas yra ne pagrindinis, o išvestinis. Gal jis buvo populiarus tarp liberalų dėl to, kad atrodė – teisingai ar klaidingai – esąs geriausias kelias kitokiems ir fundamentalesniems liberaliesiems tikslams pasiekti. Tuo atveju liberalai gali nesutarti dėl to, ar laisvas verslas yra vertas išsaugoti naujomis aplinkybėmis, ir vėl be teorinės krizės ar skilimo, ir šis svarbus ideologinis skirtumas konservatorių atžvilgiu visgi dar gali būti išsaugotas. Dar kartą: mes turime telkti dėmesį į teorinį klausimą, kad suformuluotume hipotezes, kurias pasitelkę galėtume imtis politinių faktų.

Šie du klausimai – liberalizmo ryšys su ekonominiu augimu ir su kapitalizmu – yra itin kontroversiški, tačiau panašių problemų – to, kas yra fundamentalu, atskyrimo nuo to, kas strategiška, – mes galime aptikti kone kiekviename Naujojo kurso liberalinio konsenso kamputyje. Liberalas garbina žodžio laisvę. Tačiau ar laisvas žodis yra fundamentali vertybė, ar tik priemonė kokiam kitam tikslui siekti, tokiam kaip tiesos atskleidimas (kaip teigė Millis) arba efektyvus demokratijos funkcionavimas (kaip sugestijavo Michaeljohnas)? Liberalas nepritaria, kad moralė būtų diegiama per baudžiamąją teisę. Ar šitai reiškia, jog liberalizmas nepritaria visuotinio bendruomenės orumo jausmo ugdymui? O gal liberalizmas yra priešiškas tik baudžiamosios teisės naudojimui siekiant užtikrinti tą visuotinį bendruomenės

supratimą? Privalau pasakyti, gal rodydamas perdėtą atsargumą, jog, kad ir kaip žiūrėsi, į šiuos klausimus negalima atsakyti be atodairos į istoriją ir be išplėtotos socialinės teorijos; tačiau šiam truizmui neprieštarauja tvirtinimas, jog filosofinė liberalizmo idėjos analizė yra esminė paties šio proceso dalis.

Taigi mano pradinis klausimas – kas yra liberalizmas? – pasirodo esąs klausimas, į kurį turi būti atsakyta, bent jau pamėginti, prieš imantis istoriškesnių klausimų, keliamų skeptinės tezės. Mat mano klausimas yra būtent klausimas, kokie moralės principai yra pagrindiniai konkretiems liberaliems konsensams, tokiems kaip Naujojo kurso paketas.

Mano projektas, be abejo, laikosi tam tikro požiūrio į politinės teorijos vaidmenį politikoje. Jis numato, jog liberalizmo esmė – kokie nors pagrindiniai principai politinės moralės, kuri išliko maždaug tokia pati per tam tikrą laiko tarpą ir kuri tebelieka įtakinga politikoje. Jis daro prielaidą, kad konkretūs liberalieji konsensai susiklosto tuomet, kai dėl vienos ar kitos priežasties tie, kuriuos angažuoja tie pagrindiniai moralės principai, susitaria dėl konkrečios išvestinių nuostatų schemos kaip tinkamos užbaigti praktinę liberaliąją politinę teoriją, o kiti, dėl savų motyvų, tampa sąjungininkais diegiant tą projektą. Tokie konsensai suyra – ir liberalizmas tuomet susiskaldo, kai nustatoma, jog šios išvestinės nuostatos yra neefektyvios arba kai ekonominės ar socialinės aplinkybės pasikeičia taip, kad jos tampa neefektyvios, arba kai sąjungininkams, reikalingiems sukurti paveikią politinę jėgą, tas projektas nėra įdomus. Nenoriu pasakyti, jog pagrindinė liberalizmo moralė yra vienintelė galia, veikianti telkiant liberaliuosius konsensus, ar net kad tai – galingiausias veiksnys, o tik kad ji yra pakankamai savarankiška ir įtakinga, kad būtų galima laikyti prasminga idėją, bendrą liberalams ir jų kritikams, – jog liberalizmas egzistuoja, ir suteikti prasmę populiariai argumentavimo, kas liberalizmas yra, praktikai.

Argumentacija iki šios vietos parodė, jog teiginys, kad tam tikra nuostata politinėje teorijoje yra pagrindinė, o ne išvestinė, bus sykiu ir kontroversiškas, ir sudėtingas. Kaip turėčiau argumentuoti toliau?

Bet koks patenkinamas liberalizmo moralės pagrindinių principų aprašymas turi tenkinti štai kokias sąlygas. (1) Jis turi išsakyti nuostatas, kurias prasminga tarti esant tokias, kurios galėtų būti pagrindinės politinėms programoms, skirtoms žmonėms mūsų kultūroje. Mano teiginys nėra tiesiog tas, jog koks nors pagrindinių principų kompleksas galėtų paaiškinti liberalius konsensus, jeigu tų principų laikytųsi žmonės, bet – kad tam tikras kompleksas išties padeda paaiškinti liberalius konsensus dėl to, kad žmonės iš tikrųjų laikėsi tų principų. (2) Jis turi būti pakankamai susietas su naujausiu aiškiu liberaliuoju konsensu – politinėmis nuostatomis, kurias aprašiau pradžioje kaip pripažintus liberaliuosius „idealus", – kad jį būtų galima suprasti kaip pagrindinį visai schemai, kitaip tariant, idant visos kitos nuostatos toje schemoje galėtų būti suvokiamos kaip išvestinės, turint omenyje tą pagrindinę moralę. (3) Jis privalo suformuluoti pagrindinius principus pakankamai detaliai, kad liberaliąją politinę moralę atskirtų nuo kitų, konkuruojančių politinių moralių. Jeigu, pavyzdžiui, aš sakau tik kad liberalizmui yra svarbu tai, jog valdžia privalo traktuoti savo piliečius su pagarba, aš neišsakau pagrindinio principo pakankamai detaliai, nes, nors liberalai galėtų tvirtinti, jog visos jų politinės programos kyla iš šio principo, konservatoriai, marksistai ir gal net fašistai pateiktų tą patį teiginį gindami savo teorijas. (4) Kai šie autentiškumo, išbaigtumo ir savarankiškumo reikalavimai yra patenkinti, pirmenybė teiktina daugiau apimančiai ir taupesnei pagrindinių principų formuluotei, tenkinančiai šiuos reikalavimus, o ne mažiau apimančiai ir ne tokiai glaustai, nes pirmoji turės didesnę aiškinamąją galią ir teiks geresnį kriterijų patikrinti tezei, jog šie pagrindiniai principai egzistuoja iki konkrečių konsensų ir juos pergyvena.

Antroji iš šių keturių sąlygų teikia pradžios tašką. Todėl turiu pakartoti sąrašą tų nuostatų, kurias aš laikau politinėmis naujausio liberalaus konsenso nuostatomis, ir patogumo dėlei „liberaliais" laikysiu tuos, kurie remia tas nuostatas. Ekonominėje politikoje liberalai reikalauja mažinti turto nelygybę pasitelkiant socialinę paramą ir kitas perskirstymo formas, finansuojamas progresyvinių mokesčių.

Jie mano, jog valdžia turėtų kištis į ekonomiką, kad skatintų ekonominį stabilumą, kontroliuotų infliaciją, mažintų nedarbą ir užtikrintų paslaugas, kurios kitaip nebūtų užtikrintos, tačiau jie pasisako už pragmatišką ir selektyvų kišimąsi, o ne radikalią transformaciją iš laisvo verslo į tvarką, pagrįstą vien kolektyviniais sprendimais dėl investavimo, produkcijos, kainų ir algų. Jie remia rasinę lygybę ir teigiamai žiūri į valdžios kišimąsi siekiant ją užtikrinti – per viešosios ir privačiosios diskriminacijos varžymą edukacijoje, būsto politikoje ir įdarbinant. Tačiau jie nepritaria kitoms kolektyvinės individualaus sprendimo reguliacijos formoms: jie nepritaria politinės kalbos turinio reguliavimui, net kai toks reguliavimas galėtų užtikrinti didesnę socialinę tvarką, taip pat nepritaria seksualinės literatūros ir elgesio reguliavimui, net kai toks reguliavimas turi svarią mažoritarinę paramą. Jie yra įtarūs baudžiamosios teisės atžvilgiu ir trokšta apriboti jos normų taikymą elgesiui, kurio moralė yra ginčų objektas, ir remia tokius procedūrinius suvaržymus ir priemones kaip normos, skelbiančios neleistinu tam tikrą prisipažinimą, kas apsunkina baudžiamųjų nuosprendžių priėmimą.

Aš nenoriu pasakyti, jog tas, kuris laikosi kurios nors iš šių nuostatų, laikysis ar laikėsi jų visų. Kai kurie žmonės, kurie save vadina liberalais, neremia keleto šio paketo elementų; kai kurie iš tų, save vadinantys konservatoriais, palaiko daugumą iš jų. Tačiau tai – nuostatos, kurias naudojame kaip lakmusą, kai klausiame, kiek liberalus ar konservatyvus yra asmuo; išties tai nuostatos, kuriomis mes dabar remiamės, kai sakome, jog linija tarp liberalų ir konservatorių yra ne tokia aiški kaip kadaise. Aš nesvarsčiau tų nuostatų, kurias liberalinio paketo elementams galima priskirti tik kaip galimas ginčyti, kaip antai paramos karinei intervencijai į Vietnamą arba dabar vykstančios kampanijos žmogaus teisėms komunistinėse šalyse paremti, arba rūpesčio dėl būtinybės didinti piliečių aktyvumą, arba dėl vartotojų gynimo nuo gamintojų, arba dėl aplinkos. Taip pat neaptarinėjau ginčytino liberalinių doktrinų taikymo apimties išplėtimo, tokio kaip mokyklinių autobusų programos atveju bei kvotų vykdant diskriminaciją, palankią mažumoms švietimo srityje ir įdarbinant atveju.

Aš tarsiu, jog nuostatos, kurios yra ginčytinai liberalios, yra liberalaus konsenso ašis. Jeigu mano teiginys, jog tam tikrą lygybės koncepciją galima parodyti esant pagrindinę toms ašinėms nuostatoms, yra teisingas, tai tos koncepcijos pavidalu turėsime priemonę formuluoti ir tikrinti teiginiui, jog tam tikra ginčyti galima nuostata taip pat yra „iš tikrųjų" liberali.

Ar esama kokios principo gijos, kuri smelktų visas ašines liberaliąsias nuostatas ir jas atskirtų nuo atitinkamų konservatyvių nuostatų? Esama įprastinio atsakymo į šį klausimą, – atsakymo, kuris yra klaidingas, tačiau jo klaidingumas pamokomas. Demokratinė politika, anot šio atsakymo, pripažįsta keletą nepriklausomų pagrindinių politinių idealų, patys svarbiausi iš kurių yra laisvės ir lygybės idealai. Deja, laisvė ir lygybė dažnai konfliktuoja: kartais vienintelis efektyvus būdas įtvirtinti lygybę reikalauja kokio nors laisvės ribojimo, o kartais laisvės diegimo pasekmės yra žalingos lygybei. Šiais atvejais gera valdžia reiškia geriausią kompromisą tarp konkuruojančių idealų, tačiau skirtingi politikai ir piliečiai skirtingai sieks kompromiso. Liberalai linkę lygybę vertinti kiek labiau, o laisvę – mažiau nei konservatoriai, ir mano nusakytoji ašinė liberaliųjų nuostatų grupė yra pusiausvyros nustatymo šiuo būdu rezultatas.

Šis aiškinimas teikia teoriją apie tai, kas yra liberalizmas. Liberalizmas dalijasi tais pačiais pagrindiniais principais su daugeliu kitų politinių teorijų, įskaitant konservatizmą, tačiau nuo šių skiriasi tuo, jog tam tikriems principams priskiria kitokią lyginamąją svarbą. Tad ši teorija palieka erdvės – spektre, kurį ji aprašo, – radikalui, kuriam lygybė rūpi dar labiau, o laisvė – dar mažiau negu liberalui ir kuris tad stovi dar toliau nuo kraštutinio konservatoriaus. Liberalas tampa žmogumi, užimančiu vidurio poziciją, o tai paaiškina, kodėl liberalizmas dabar taip dažnai laikomas neaiškia pozicija, kompromisu tarp dviejų tiesesnių pažiūrų, kurio neįmanoma apginti.

Be jokios abejonės, šį Amerikos politikos aprašymą galima padaryti subtilesnį. Jis galėtų palikti erdvės kitiems nepriklausomiems pagrindiniams idealams, bendriems liberalizmui ir jo oponentams,

tokiems kaip stabilumas arba saugumas, – tuomet kompromisai, susiję su konkrečiais sprendimais, pasidarytų sudėtingesni. Tačiau jeigu teorijos šerdimi lieka varžybos tarp laisvės ir lygybės kaip pagrindinių idealų, tai ši teorija nepasiseks. Pirmiausia, ji netenkina sąlygos (2) iš mano išdėstyto sąlygų sąvado. Geriausiu atveju ji atrodo tinkama taikyti tik ribotam skaičiui tų politinių kontroversijų, kurias ji mėgina paaiškinti. Ji sukurta ekonominėms kontroversijoms, bet netinka arba klaidina cenzūros ir pornografijos atvejais ir, tiesą sakant, baudžiamojoje teisėje apskritai.

Tačiau šiame aiškinime esama daug svarbesnio defekto. Teigiama, jog laisvė yra pamatuojama, todėl, jeigu du politiniai sprendimai pažeidžia piliečio laisvę, mes galime prasmingai sakyti, jog vienas sprendimas iš jo atima daugiau laisvės negu kitas. Ši prielaida yra būtina, antraip postulatas, jog laisvė yra tiek liberalių, tiek konservatyvių politinių struktūrų pagrindinis idealas, negali būti išlaikytas. Net užkietėję konservatoriai sutinka, jog jų laisvė važiuoti automobiliu taip, kaip jie nori (pavyzdžiui, važiuoti aukštyn Leksingtono aveniu), gali būti pažeista ne dėl kokio nors konkuruojančio politinio idealo, o tik nedidelės naudos patogumo atžvilgiu labui arba eismo tvarkos labui. Tačiau kadangi akivaizdu, jog eismo reglamentavimas numato kokį nors laisvės nuostolį, negalima sakyti, jog konservatorius laisvę vertina savaime, jeigu negali įrodyti, jog dėl kokios nors priežasties mažiau laisvės netenkama reglamentuojant eismą negu, pavyzdžiui, varžant žodžio laisvę arba reguliuojant laisvę prekiauti tokia kaina, kurią kiti yra nusiteikę sumokėti, arba reguliuojant bet kokią kitą laisvę, kurią jis laiko fundamentalia.

Būtent šito jis negali parodyti, nes mes neturime laisvės sampratos, kuri darytų laisvę galimą išreikšti skaičiais taip, kaip reikalautų toks įrodymas. Jis negali pasakyti, pavyzdžiui, jog greičio taisyklės mažiau kertasi su tuo, ką dauguma vyrų ir moterų nori daryti, negu kirstųsi įstatymas, draudžiantis jiems viešai teigiamai kalbėti apie komunizmą, arba įstatymas, reikalaujantis iš jų nenustatyti kainų taip, kaip jiems atrodo geriausia. Daugumai žmonių labiau rūpi važiavimas automobiliu, nei pasisakyti už komunizmą, ir jie neturi

galimybių nustatyti kainas, net jei jie nori tai padaryti. Aš nenoriu pasakyti, jog mes negalime suteikti jokios prasmės fundamentalių laisvių idėjai, tokių kaip žodžio laisvė. Tačiau mes negalime jų apginti parodydami, jog jos apgina daugiau laisvės, laikomos kad ir apytikriai pamatuojama vertybe, negu apgina teisė važiuoti kaip norime; fundamentalios laisvės yra svarbios dėl to, kad mes vertiname kažką kita – tai, ką jos gina. Tačiau jeigu taip yra, tai skirtumo tarp liberalių ir konservatyvių politinių nuostatų negalime paaiškinti tardami, jog pastarosios efektyviau nei pirmosios gina laisvės vertybę, vertinamą savaime.[99]

Tačiau dabar būtų galima pasakyti, jog antroji laisvės ir lygybės sąvokomis grindžiamo aiškinimo pusė gali būti išgelbėta. Net jei mes negalime pasakyti, kad konservatoriai vertina laisvę savaime labiau negu liberalai, mes vis tiek galime pasakyti, kad lygybę jie vertina mažiau ir kad šiuo būdu galima paaiškinti šias skirtingas politines pažiūras. Konservatoriai linkę nuvertinti lygybės svarbą, kai ji pastatoma greta kitų tikslų, tokių kaip bendrasis klestėjimas ar netgi saugumas; tuo tarpu liberalai vertina lygybę daug labiau, o radikalai – dar labiau. Ir vėl: akivaizdu, kad šis aiškinimas yra pritaikytas ekonominėms kontroversijoms ir prastai tinka neekonominėms. Tačiau ir čia – jo defektai yra bendresnio pobūdžio ir reikšmingesni. Turime aiškiau nustatyti prasmę, kuria lygybė galėtų būti pagrindinis idealas arba liberalams, arba konservatoriams. Kai tai padarysime, matysime, jog klaidinama yra sakyti, esą konservatorius lygybę ta prasme vertina mažiau negu liberalas. Vietoj to būsime linkę sakyti, jog jis turi kitokią koncepciją, aiškinančią, ko reikalauja lygybė.

Turime padaryti perskyrą tarp dviejų skirtingų principų, kurie lygybę laiko politiniu idealu.[100] Pirmasis reikalauja, kad valdžia visus, priklausančius jos atsakomybės sričiai, traktuotų *kaip lygius,* t. y. kaip turinčius teisę į jos vienodą rūpestį ir pagarbą. Tai ne tuščias reikalavimas: daugelis mūsų nemanome, kad mes, kaip individai, privalome traktuoti savo kaimynų vaikus su tokiu pat rūpesčiu kaip savo pačių vaikus arba kiekvieną, kurį sutinkame, traktuoti su vienoda pagarba. Vis dėlto įtaigu manyti, kad kiekviena valdžia visus savo

piliečius turėtų traktuoti kaip lygius šiuo būdu. Antrasis principas reikalauja, kad valdžia, skirstydama tam tikrą išteklių ar galimybes, visus, priklausančius jos atsakomybės sričiai, traktuotų *vienodai,* ar bent jau dėtų pastangas siekdama užtikrinti tokią dalykų padėtį, kurioje jie visi tuo atžvilgiu būtų lygūs ar labiau lygūs. Visi pripažįsta, jog valdžia negali kiekvieno padėtį padaryti lygią visais atžvilgiais, tačiau žmonės išties nesutaria dėl to, kokiu mastu valdžia turėtų mėginti užtikrinti lygybę kokio nors konkretaus ištekliaus atžvilgiu, pavyzdžiui, piniginio turto atžvilgiu.

Jeigu žvelgiame tik į ekonomines politines kontroversijas, tuomet tikrai galėtų būti pateisinama sakyti, jog liberalai nori daugiau lygybės antrojo principo prasme nei konservatoriai. Tačiau būtų klaida daryti išvadą, jog jie kiek nors aukščiau vertina lygybę pirmojo ir fundamentalesnio principo prasme. Aš sakau, jog pirmasis principas yra fundamentalesnis, nes tariu, jog tiek liberalams, tiek konservatoriams pirmasis principas yra pagrindinis, o antrasis – išvestinis. Kartais traktuoti žmones vienodai yra vienintelis būdas traktuoti juos kaip lygius; tačiau kartais – ne. Tarkime, jog yra ribotas kiekis lėšų pagalbai dviem vienodai gyventojų turinčioms sritims, nukentėjusioms nuo potvynių; abiejų sričių gyventojų traktavimas kaip lygių reikalauja suteikti daugiau pagalbos labiau nuniokotai sričiai, o ne padalyti esamas lėšas po lygiai. Konservatorius mano, jog daugeliu kitų, ne tokių akivaizdžių atvejų piliečius traktuoti vienodai reiškia netraktuoti jų kaip lygių. Jis galėtų, pavyzdžiui, pripažinti, jog pozityvi diskriminacija priimant į universitetą įgalins artinti abi rases prie lygybės turto atžvilgiu, ir vis tiek tvirtinti, kad tokios programos netraktuoja juodaodžių ir baltųjų, stojančiųjų į universitetą, kaip lygių. Jeigu jis yra utilitaristas, jis pasitelks panašų, nors daug bendresnį argumentą prieš bet kokį turto perskirstymą, kuris mažina ekonominį našumą. Jis sakys, jog vienintelis būdas traktuoti žmones kaip lygius yra maksimizuoti visų bendruomenės narių vidutinę gerovę, skaičiuojant naudą ir nuostolius visiems pagal vienodas skales, ir kad laisvoji rinka yra vienintelis – ar geriausias – instrumentas tam tikslui pasiekti. Šis argumentas (manau) nėra geras, tačiau jeigu jį teikiantis

konservatorius yra nuoširdus, negalima sakyti, kad jis nuvertino visų piliečių traktavimo kaip lygių svarbą.

Taigi turime atmesti paprastą idėją, kad liberalizmas reiškia ypatingą svėrimą siekiant nustatyti santykį tarp pagrindinių lygybės ir laisvės principų. Tačiau mūsų lygybės idėjos svarstymas siūlo produktyvesnę kryptį. Aš darau prielaidą (kaip sakiau), kad modernioje politikoje esama plataus sutarimo, jog valdžia visus savo piliečius turi traktuoti su vienodu rūpesčiu ir pagarba. Aš neketinu neigti didžiulės išankstinių nuostatų galios, pavyzdžiui, Amerikos politikoje. Tačiau nedaug piliečių ir dar mažiau politikų šiandien pritartų politiniams įsitikinimams, kurie prieštarauja abstrakčiam vienodo rūpesčio ir pagarbos principui. Tačiau įvairūs žmonės – kaip išaiškino mūsų svarstymas – laikosi labai skirtingų koncepcijų, aiškinančių, ko reikalauja tas abstraktus principas konkrečiais atvejais.

Ką valdžiai reiškia traktuoti savo piliečius kaip lygius? Tai, mano galva, tas pats klausimas kaip šis: ką valdžiai reiškia visus savo piliečius traktuoti kaip laisvus arba kaip nepriklausomus, arba vienodai orius. Bet kuriuo atveju tai klausimas, kuris buvo politinės teorijos centre vėliausiai nuo Kanto laikų.

Į jį galima atsakyti dviem iš pamatų skirtingais būdais. Pirmasis atsakymas taria, jog valdžia privalo būti neutrali, apsispręsdama dėl to, kas vadintina geru gyvenimu. Antrasis taria, jog valdžia tuo klausimu negali būti neutrali, nes savo piliečių ji negali traktuoti kaip lygių žmogiškų būtybių, neturėdama teorijos, aiškinančios, kokie žmonės turėtų būti. Aš turiu paaiškinti šią perskyrą išsamiau. Kiekvienas asmuo vadovaujasi daugiau ar mažiau išplėtota koncepcija, aiškinančia, kas teikia vertę gyvenimui. Tokią koncepciją turi mokslininkas, vertinantis kontempliatyvų gyvenimą; tokią koncepciją turi ir televizorių žiūrintis ir alų geriantis pilietis, mėgstantis sakyti: „Tai yra gyvenimas“, nors jis mažiau mąstė šiuo klausimu ir ne toks pajėgus nusakyti ar apginti savo koncepciją.

Anot pirmosios lygybės teorijos, politiniai sprendimai privalo būti – kiek tai įmanoma – nepriklausomi nuo jokios pavienės gero

gyvenimo koncepcijos arba koncepcijos, aiškinančios, kas suteikia vertę gyvenimui. Kadangi visuomenės piliečių koncepcijos skiriasi, valdžia netraktuoja jų kaip lygių, jeigu teikia pimenybę vienai iš koncepcijų kitos atžvilgiu dėl to, kad pareigūnai mano, jog viena yra vidujai pranašesnė, arba dėl to, jog jos laikosi gausesnė arba galingesnė grupė. Antroji teorija teigia, priešingai, kad vienodo traktavimo turinys negali būti nepriklausomas nuo jokios teorijos apie gerovę žmogui arba gyvenimo gerumą, nes traktuoti asmenį kaip lygų – reiškia traktuoti jį taip, kaip norėtų būti traktuojamas geras ar iš tiesų išmintingas asmuo. Gera valdžia reiškia gero gyvenimo skatinimą ar bent jau pripažinimą; traktuoti kaip lygų – reiškia kiekvieną asmenį traktuoti taip, lyg jis norėtų gyventi gyvenimą, kuris yra iš tikrųjų geras, bent jau tiek, kiek tai įmanoma.

Ši perskyra yra labai paprasta, tačiau sykiu labai svarbi. Dabar pagrįsiu, jog liberalizmas savo pagrindine politine morale laiko pirmąją lygybės koncepciją. Šį teiginį pamėginsiu paremti štai kaip. Kitame šios esė skirsnyje parodysiu, kaip yra įmanoma – ir netgi tikėtina, – jog mąslus asmuo, kuris pripažino pirmąją lygybės koncepciją, prieis – turint omenyje pastarųjų keleto dešimtmečių ekonomines ir politines aplinkybes Jungtinėse Valstijose – nuostatas, kurias identifikavau kaip įprastą liberalių nuostatų ašį. Jeigu taip yra, tai ši hipotezė tenkina antrąją iš mano aprašytųjų sąlygų, taikytinų sėkmingai teorijai. Aš vėliau pamėginsiu patenkinti trečiąją sąlygą, parodydamas, kaip yra įmanoma ir net tikėtina, jog tas, kuris laikėsi tam tikros antrosios lygybės teorijos versijos, prieis tai, kas paprastai laikoma amerikiečių konservatyvių nuostatų ašimi. Aš sakau „tam tikros versijos“, nes amerikiečių konservatizmas automatiškai nekyla iš liberalios lygybės teorijos atmetimo. Antroji (arba neliberali) lygybės teorija tvirtina ne ką kita kaip tai, jog elgesys, privalomas valdžiai piliečių atžvilgiu, yra bent iš dalies lemiamas kokios nors gero gyvenimo koncepcijos. Ši tezė yra bendra daugeliui politinių teorijų, įskaitant tokias tolimas viena kitai teorijas kaip, pavyzdžiui, amerikiečių konservatizmas ir įvairios socializmo ar marksizmo formos, nors jos laikosi skirtingos gero gyvenimo koncepcijos, todėl nevienodos ir jų

politinės institucijos bei priimami politiniai sprendimai. Šiuo atžvilgiu liberalizmas, akivaizdu, nėra koks nors kompromisas ar nei velnias, nei gegutė tarp stipresnių pažiūrų, o teorija, stovinti vienoje svarbios linijos pusėje, – linijos, kuri atskiria jį nuo visų konkurentų, suvokiamų kaip grupė.

Šioje esė neplėtosiu argumentų, jog mano liberalizmo teorija tenkina pirmąją iš aprašytųjų sąlygų, – kad teorija turi teikti politinę moralę, kurios, kaip galima prasmingai manyti, laikosi žmonės mūsų kultūroje, – tačiau, manau, yra akivaizdu, kad mano teorija išties tenkina šią sąlygą. Ketvirtoji sąlyga reikalauja, kad teorija būtų tokia abstrakti ir bendra, kiek leidžia pirmosios trys sąlygos. Aš abejoju, jog mano teorija susilauks kokių nors prieštaravimų šiuo atžvilgiu. Dabar liberalą apibrėžiu kaip tą, kuris laikosi pirmosios, arba liberalios, teorijos, aiškinančios, ko reikalauja lygybė. Tarkime, jog liberalo paprašoma įkurti naują valstybę. Jis turi padiktuoti savo konstituciją ir pamatines institucijas. Jis turi pasiūlyti bendrą politinio paskirstymo teoriją, t. y. teoriją, aiškinančią, kaip tai, ką bendruomenė turi paskirstyti kaip gėrybes, išteklius ar galimybes, turėtų būti paskirstyta. Iš pradžių jis prieis ką nors panašaus į štai tokį apytikrės lygybės principą: ištekliai ir galimybės turėtų, kiek tai įmanoma, būti paskirstyti vienodai, kad apytikriai vienoda dalis to, kas yra, būtų skirta patenkinti kiekvieno ambicijoms. Bet koks kitoks bendras paskirstymo tikslas remsis prielaida, kad kai kurių žmonių likimas turėtų susilaukti didesnio rūpesčio nei kitų arba kad kai kurių ambicijos ar talentai yra vertesni ir dėl to turėtų būti remiami dosniau.

Kas nors galėtų paprieštarauti, jog šis apytikrės lygybės principas yra neteisingas, nes ignoruoja tai, kad žmonių polinkiai yra skirtingi ir kad kai kurių iš jų patenkinimas atsieina brangiau nei kitų, tad, pavyzdžiui, žmogui, kuris teikia pirmenybę šampanui, reikės daugiau lėšų, jeigu jis nori nepatirti frustracijos, negu žmogui, kurį tenkina alus. Tačiau liberalas gali atsakyti, jog polinkiai, kuriais žmonės skiriasi, šiaip jau nėra tokia nelaimė kaip ligos, o veikiau išsiugdomi pagal kiekvieno asmens teoriją, koks turėtų būti jo gyvenimas.[101] Tad pats efektyviausias neutralumas reikalauja, kad kievienam būtų

skiriama vienoda dalis, idant kiekvienas asmuo galėtų pats pasirinkti iš brangiau atsieinančių ir mažiau atsieinančių polinkių, nepuoselėdamas lūkesčio, jog jo bendra dalis padidės, jam pasirinkus brangesnį gyvenimą, arba jog, kad ir kokį gyvenimą jis pasirinktų, jo pasirinkimas subsidijuos tuos, kurie pasirinko brangesnį gyvenimą.[102]

Tačiau ko apytikrės paskirstymo lygybės principas reikalauja praktikoje? Jeigu visi ištekliai būtų paskirstomi tiesiogiai, vyriausybei skirstant maistą, būstą ir t. t.; jeigu kiekviena galimybė, kurią piliečiai turi, būtų suteikta tiesiogiai vyriausybės civilinės ir baudžiamosios teisės straipsniais; jeigu kiekvienas pilietis turėtų visiškai vienodus gabumus; jeigu kiekvienas pilietis pradėtų savo gyvenimą neturėdamas ko nors daugiau nei bet kuris kitas pilietis pradžioje; ir jeigu kiekvienas pilietis turėtų lygiai tokią pačią gero gyvenimo teoriją, taigi ir visiškai tokią pačią teikiamų pirmenybių schemą, kaip ir kiekvienas kitas pilietis, įskaitant teikiamas pirmenybes įvairių produktyvios veiklos formų ir laisvalaikio atžvilgiu, tai apytikrės traktavimo lygybės principas galėtų būti patenkintas paprasčiausiai po lygiai paskirstant viską, kas turi būti paskirstyta, taip pat visuotinai taikant civilinius ir baudžiamuosius įstatymus. Vyriausybė kontroliuotų gamybą, kuri maksimizuotų kiekvienam priimtinų gėrybių rinkinį, įskaitant darbo vietas ir laisvalaikį, lygiai paskirstydama produktą.

Žinoma, nė viena iš tų vienodumo sąlygų nėra reali. Tačiau moralinė skirtingų įvairovės rūšių reikšmė yra labai skirtinga – tai galima parodyti štai kokiu pratimu. Tarkime, jog visos panašumo sąlygos, kurias minėjau, išties galioja, išskyrus paskutinę: piliečiai turi skirtingas gėrio teorijas, taigi ir skirtingas preferencijas. Todėl jie nesutaria, kokiam produktui gaminti turėtų būti naudojamos bendruomenės žaliavos, darbas ir santaupos, taip pat nesutaria, kokios veiklos turėtų būti draudžiamos ar reguliuojamos tam, kad taptų įmanomos ar lengviau įgyvendinamos kitos. Liberalui, kaip įstatymų leidėjui, nepaisant šių nesutarimų, dabar reikia mechanizmų vienodo traktavimo principui patenkinti. Jis nuspręs, jog nesama geresnių mechanizmų – bendrų politinių institucijų, – už dvi pagrindines mūsiškės politinės ekonomijos institucijas: ekonominės rinkos – sprendimams

apie tai, kokios gėrybės bus kuriamos ir kaip jos bus skirstomos, ir atstovaujamosios demokratijos – kolektyviniams sprendimams apie tai, koks elgesys bus draudžiamas ar reguliuojamas tam, kad galėtų tapti įmanomas ar patogus kitoks elgesys. Būtų galima tikėtis, jog kiekviena iš šių įprastų institucijų užtikrins labiau egalitarinę sandalą nei bet koks kitas bendras sistematizavimas. Rinka, jeigu jos funkcionavimą galima padaryti efektyvų, nustatys kiekvieno produkto kainą, kuri atspindi sąnaudas žaliavinių išteklių, darbo jėgos ir kapitalo atžvilgiu, kurie būtų galėję būti panaudoti kokiam nors kitam dalykui kurti – dalykui, kurio nori kas nors kitas. Kiekvienam, kuris vartoja tą produktą, ta kaina lemia, kokia jo sąskaitos dalis turėtų būti įtraukta apskaičiuojant egalitarinę socialinių išteklių sandalą. Ji teikia matą nustatant, kiek jo sąskaitos dalis, atiduodama už namą, turi būti didesnė už dalį, atiduodamą už knygą, ir dalis, atiduodama už vieną knygą, didesnė už tą, kuri atiduodama už kitą knygą. Rinka taip pat suteiks darbininkui matą, leidžiantį matyti, kiek jo sąskaitai turėtų būti palanku tai, jog jis pasirinko produktyvią veiklą vietoj laisvalaikio ir vieną veiklą, o ne kitą. Ji mums pasakys, per kainą, kurią ji nustato jo darbui, kiek jis turėtų gauti naudos ar kokį nuostolį patirti dėl savo sprendimo daryti vieną karjerą, o ne kitą. Šie matavimai paties piliečio pasirinktą paskirstymą daro kitų, ne tik jo paties asmeninių preferencijų funkcija, ir būtent šių asmeninių preferencijų suma fiksuoja tikrąją jo pirmenybių, atiduodamų gėrybėms ir veikloms, patenkinimo kainą bendruomenei. Egalitarinis paskirstymas, reikalaujantis, kad vieno asmens preferencijų patenkinimo kaina turėtų, kiek tai įmanoma, būti tokia pat kaip ir ir kito preferencijų patenkinimo kaina, negali būti įgyvendintas, jeigu neatliekami tokie skaičiavimai.

Mes puikiai žinome praktinius egalitarizmui prieštaraujančius laisvojo verslo padarinius; todėl gali atrodyti paradoksalu, jog liberalas kaip įstatymų leidėjas turėtų rinktis rinkos ekonomiką dėl lygybės priežasčių, o ne dėl efektyvumo priežasčių. Tačiau, esant ypatingai sąlygai, – jog žmonės skiriasi tik preferencijomis, atiduodamomis gėrybėms ir veikloms, – rinka yra labiau egalitarinė nei bet kokia

kita panašaus bendrumo alternatyva. Pati įtikinamiausia alternatyva būtų sprendimus dėl produkcijos, investavimo, kainos ir atlyginimo leisti daryti išrinktiems pareigūnams socialistinės ekonomikos sąlygomis. Tačiau kokius principus turėtų pasitelkti pareigūnai, darydami tuos sprendimus? Liberalas galbūt jiems lieptų imituoti sprendimus, kuriuos padiktuotų rinka, jeigu ji veiktų efektyviai, esant teisingai konkurencijai ir visiškam informuotumui. Tokia simuliacija realiai būtų daug mažiau efektyvi negu tikra rinka. Šiaip ar taip, jeigu liberalas neturėtų pagrindo manyti, jog ji būtų daug efektyvesnė, jis turėtų gerą pagrindą ją atmesti. Bet koks minimaliai efektyvus hipotetinės rinkos imitavimas reikalautų pažeisti privatumą, kad būtų galima nustatyti, kokius sprendimus individai padarytų, jeigu būtų priversti iš tikrųjų susimokėti už savo investicijų, vartojimo ir įdarbinimo sprendimus pagal rinkos kainas, ir šis informacijos rinkimas būtų daugeliu kitų atžvilgių daug brangesnis nei tikroji rinka. Be to, prielaidos, kurias pareigūnai daro apie tai, kaip žmonės elgtųsi hipotetinėje rinkoje, neišvengiamai atspindi pačių pareigūnų įsitikinimus apie tai, kaip žmonės turėtų elgtis. Todėl liberalas gautų mažai naudos – ir daug ką prarastų – socialistinėje ekonomikoje, kurioje iš pareigūnų būtų reikalaujama imituoti hipotetinę rinką.

Tačiau bet kurios kitokios instrukcijos būtų tiesioginis nusižengimas liberaliajai teorijai, aiškinančiai, ko reikalauja lygybė, mat jeigu priimamas sprendimas prekes gaminti ir parduoti kaina, mažesne už kainą, kurią nustatytų rinka, tai tie, kurie pasirenka tas prekes, gauna, *pro tanto,* dalį, didesnę už vienodą bendruomenės išteklių dalį – ir ją gauna sąskaita tų, kurie atiduotų pirmenybę kokiam nors kitam išteklių panaudojimui. Tarkime, jog ribota knygų paklausa, konkuruodama su alternatyvių medienos masės panaudojimo būdų paklausa, diktuos aukštesnį knygų kainų lygį nei ekonomikos vadovų socialistų vertinimas; tie, kurie nori knygų, patiria mažesnes išlaidas, negu reikalautų egalitarinis principas. Būtų galima pasakyti, jog socialistinėje ekonomikoje knygos paprasčiausiai labiau vertinamos, nes jos yra iš principo vertingesnis socialinių išteklių panaudojimas, visiškai nepriklausomai nuo masinės knygų paklausos. Tačiau liberalioji

lygybės teorija nenumato tokios apeliacijos į vienos teorijos, aiškinančios, kas yra gera gyvenime, vidinę vertę galimybės.

Tuomet visuomenėje, kurioje žmonės skirtųsi tik preferencijomis, į rinką būtų žiūrima palankiai dėl jos darinių lygybei. Finansinio turto nelygybė tebūtų pasekmė to fakto, jog kai kurios preferencijos yra brangesnės už kitas, įskaitant laisvalaikio rinkimąsi vietoj pelningiausios produktyvios veiklos. Tačiau dabar privalome grįžti į realų pasaulį. Tikroje visuomenėje, kuriai liberalas turi sukonstruoti politines institucijas, egzistuoja įvairiausių kitų skirtumų. Gabumais ne visi apdovanoti vienodai, taigi vieno asmens sprendimas dirbti fabrike, o ne teisės firmoje, arba išvis nedirbti dideliu mastu bus lemiamas jo gebėjimų, o ne darbo preferencijų ar darbo ar laisvalaikio pasirinkimo. Gerovės institucijos, leidžiančios žmonėms naudotis tuo, ką jie gauna dovanų, reiškia, jog sėkmingųjų vaikai savo gyvenimą pradės turėdami daugiau turto negu nesėkmingųjų vaikai. Kai kurie žmonės turi ypatingų poreikių dėl to, kad yra neįgalūs; jų neįgalumas ne tik neleis gauti darbo, susijusio su pačia produktyviausia ir pačia pelningiausia veikla, bet ir trukdys taip pat efektyviai pasinaudoti to darbo, kurį jie susiranda, užtikrinamomis pajamomis, todėl patenkinti lygiai tokioms pačioms ambicijoms jiems reikės daugiau nei tiems, kurie nėra neįgalūs.

Šie nelygumai turės didelių, dažnai katastrofiškų pasekmių paskirstymui, kurį užtikrina rinkos ekonomika. Tačiau kitaip nei preferencijų skirtumų, šių skirtumų, kuriuos lemia šie nelygumai, negalima apginti remiantis liberaliąja lygybės koncepcija. Liberaliosios koncepcijos požiūriu būtų akivaizdžiai nepriimtina, pavyzdžiui, jei kas nors turėtų turėti daugiau to, ką bendruomenė kaip visuma turi paskirstyti, dėl to, kad jis ar jo tėvas buvo gabesnis už kitus ar buvo lepinamas sėkmės. Todėl liberalus įstatymų leidėjas susiduria su sunkiu uždaviniu. Jo lygybės koncepcija reikalauja ekonominės sistemos, kuri produkuotų tam tikrus nelygumus (atspindinčius tikras diferencines gėrybių ir galimybių kainas), bet neprodukuotų kitų nelygumų (lemiamų pajėgumo, paveldėto turto skirtumų ir t. t.). Rinka produkuoja tiek reikalaujamus, tiek draudžiamus nelygumus, ir

nėra jokios alternatyvios sistemos, kuria būtų galima kliautis siekiant, kad būtų produkuoti pirmieji nelygumai, bet nebūtų antrųjų.

Todėl liberalas turėtų jausti pagundą reformuoti rinką pasitelkdamas perskirstymo schemą – schemą, kuri jos kainų sistemą palieka, galima sakyti, nepakeistą, bet griežtai apriboja (bent jau) materialinės gerovės nelygumus, draudžiamus pradinio principo. Joks sprendimas neatrodys tobulas. Geriausią atsakymą liberalas gali rasti gerovės teisių schemoje, finansuojamoje per konvencinio tipo perskirstomuosius pajamų ir paveldėjimo mokesčius, perskirstant tik iki rolsiškosios ribos, t. y. iki tos ribos, kai grupė, esanti blogiausioje padėtyje, tolesnių perskirstymų būtų nuskriausta užuot suteikus jai paramą. Tuo atveju jis liks nuosaikus kapitalistas, manantis, jog šitaip reformuota rinkos ekonomika yra pranašesnė – jo lygybės koncepcijos požiūriu – už bet kokią realią socialistinę alternatyvą. Arba jis gali manyti, jog kapitalistinėje ekonomikoje įmanomas perskirstymas bus toks neadekvatus arba bus įmanomas tik tokio našumo nuostolio kaina, jog geriau būtų imtis radikalesnių priemonių – pakeisti rinkos sprendimus socialistiniais sprendimais, reguliuojančiais didelę dalį ekonomikos, o tuomet, kliaujantis politiniu procesu, užtikrinti, kad kainos būtų nustatytos taip, kad bent apytikriai derėtų su jo lygybės koncepcija. Tuo atveju jis būtų nuosaikus socialistas, pripažįstantis socializmo defektus lygybės atžvilgiu, tačiau laikąs juos ne tokiais skausmingais kaip realios alternatyvos. Abiem atvejais mišrią ekonominę sistemą – perskirstomąjį kapitalizmą arba ribojamą socializmą – jis renkasi ne tam, kad rastų kompromisą tarp antagonistinių efektyvumo ir lygybės idealų, bet tam, kad pasiektų geriausią praktinę būtent lygybės reikalavimų realizaciją.

Tarkime, jog liberalas šiuo būdu patobulina arba iš dalies atsižada savo pradinio rinkos ekonomikos pasirinkimo. Dabar jis privalo apsvarstyti antrąją iš dviejų įprastinių institucijų, kurias pirmiausia pasirinko, būtent atstovaujamąją demokratiją. Demokratija yra pateisinama, nes suteikia galią kiekvieno asmens teisei į pagarbą ir rūpestį jo kaip individo atžvilgiu; tačiau tikrovėje demokratinės daugumos sprendimai dažnai gali pažeisti tą teisę, pagal liberalią

teoriją, aiškinančią, ko ta teisė reikalauja. Tarkime, jog legislatūra, išrinkta daugumos, nusprendžia kriminalizuoti kokį nors aktą (kaip antai viešą nepopuliarių politinių pažiūrų gynimą arba dalyvavimą neįprastose seksualinėse praktikose) – ne todėl, kad toks aktas atima iš kitų galimybes, kurių jie nori, bet dėl to, kad dauguma nepritaria toms pažiūroms ar tokiai seksualinei moralei. Kitaip tariant, šis politinis sprendimas atspindi ne kokią nors kiekvieno *asmeninių* preferencijų akomodaciją, kad visų galimybės būtų kiek galima priartintos prie lygybės, o vienos *išorinių* preferencijų grupės – t. y. žmonių preferencijų to, ką kiti turi daryti ar turėti, atžvilgiu – dominavimą.[103] Šis sprendimas pažeidžia, o ne įgyvendina piliečių teisę būti traktuojamiems kaip lygiems.

Kaip liberalas gali apginti piliečius nuo tokio jų fundamentalios teisės pažeidimo? Liberalas nieko nepeštų, paprasčiausiai pamokydamas įstatymų leidėjus, kokiu nors pamokslu apie konstituciją, nepaisyti rinkėjų išorinių preferencijų. Piliečiai, rinkdami savo atstovus balsuoja už šias preferencijas, ir įstatymų leidėjas, kuris nusprendžia jas ignoruoti, neišsilaikys poste. Bet kuriuo atveju kartais neįmanoma atskirti – net introspekcijos būdu – išorinių ir asmeninių politinių pažiūrų komponentų: šitaip, pavyzdžiui, yra su bendravimo preferencijomis, t. y. kai kurių žmonių preferencijomis, atiduodamomis tam tikroms galimybėms, tokioms kaip galimybė lankyti viešąsias mokyklas, bet tik su kitais iš tokios pačios „aplinkos" kilusiais žmonėmis.

Todėl liberalui reikia tokios pilietinių teisių schemos, kurios efektas būtų tas, kad būtų galima apibrėžti politinius sprendimus, kurie pagal antecedentinę tikimybę atspindėtų griežtas išorines preferencijas, ir visiškai pašalinti tokių sprendimų galimybę mažoritarinėse politinėse institucijose. Teisių schema, reikalinga tai padaryti, priklausys nuo bendrų faktų apie daugumos išankstines neigiamas nuostatas ir kitas išorines preferencijas bet kuriuo konkrečiu metu, ir įvairūs liberalai nesutars dėl to, ko reikia bet kuriuo konkrečiu metu.[104] Tačiau teisės, užkoduotos Jungtinių Valstijų Konstitucijos Teisių bilyje, – kaip jis paprastai interpretuojamas Aukščiausiojo teismo, – yra tokios

teisės, kurias svarus liberalų skaičius manytų esant visiškai tinkamas dabartiniams Jungtinių Valstijų poreikiams patenkinti (nors daugu-ma manytų, jog individo apsauga tam tikrose svarbiose srityse, įskaitant sekso leidinius ir praktiką, yra pernelyg silpna).

Tačiau pagrindinės baudžiamosios teisės dalys kuria ypatingą problemą, kurios negali lengvai išspręsti pilietinių teisių schema, – teisių, kurios neleidžia legislatūrai daryti tam tikrų sprendimų. Liberalas žino, jog daugelis iš pačių svarbiausių sprendimų, kurių reikalauja veiksminga baudžiamoji teisė, yra padaryti visai ne įstatymų leidėjų, o prokurorų, sprendžiančių, kam taikyti teisinį persekiojimą ir už kokį nusikaltimą, ir prisiekusiųjų bei teisėjų, sprendžiančių, ką paskelbti kaltu ir kokias bausmes skirti. Jis taip pat žino, jog esama didelės tikimybės, kad šie sprendimai bus neleistinai veikiami juos priimančiųjų išorinių preferencijų, mat tų, kuriuos jie teisia, pažiūros ir gyvenimo būdas paprastai labai skiriasi nuo jų pačių pažiūrų ir gyvenimo būdo. Liberalas nedisponuoja – jokia strategija nuo tokio sprendimo apsisaugoti, kuri prilygtų pilietinių teisių, tiesiog pašalinančių sprendimo galimybę institucijoje, strategijai. Sprendimus taikyti teisinį persekiojimą, nuteisti ir paskirti bausmę turi priimti koks nors asmuo. Tačiau turėdamas procedūrinių teisių sampratą, jis disponuoja kitokiu įrankiu, leidžiančiu kitu būdu apsaugoti lygybę. Jis reikalaus, kad baudžiamoji procedūra būtų struktūruota taip, kad būtų pakankamai apsidrausta nuo sprendimo rizikos tam, kad procesas būtų griežtai nepalankus nekalto asmens apkaltinimui. Būtų klaida manyti liberalą manant, kad šios procedūrinės teisės padidins baudžiamojo proceso *adekvatumą,* t. y. tikimybę, jog bet kuris konkretus sprendimas dėl kaltės arba nekaltumo bus teisingas. Procedūrinės teisės įsiterpia į procesą, net jei nukenčia adekvatumas, tam, kad apytikriu būdu kompensuotų antecedentinę riziką, jog baudžiamasis procesas, ypač jeigu jis didžiąja dalimi administruojamas vienos klasės ir yra nukreiptas prieš kitą klasę, bus iškreiptas išorinių preferencijų, kurių neįmanoma pašalinti tiesiogiai. Tai tik pats glausčiausias eskizas, parodantis, kaip įvairios pamatinės ir procedūrinės pilietinės teisės kyla iš pradinės liberaliosios lygybės koncepcijos; jis turi

pasiūlyti, o ne įrodyti detalesnį argumentą, kuris būtų įmanomas konkretesnėms teisėms pagrįsti.

Taigi liberalas, palankus ekonominei rinkai ir politinei demokratijai dėl išskirtinai egalitarinių priežasčių, konstatuoja, jog šios institucijos kurs egalitarizmui prieštaraujančius rezultatus, jeigu jis savo schemos nepapildys įvairiomis individualių teisių rūšimis. Šios teisės funkcionuos kaip koziriai individų rankose; jos įgalins individus pasipriešinti tam tikriems sprendimams, nepaisant to, kad šie sprendimai yra – ar būtų – padaryti normalaus bendrųjų institucijų funkcionavimo sąlygomis, kurios pačios neginčijamos. Aukščiausias šių teisių pateisinimas yra tas, kad jos yra būtinos apginti vienodam rūpesčiui ir pagarbai; tačiau jų nedera suprasti kaip reprezentuojančių lygybę, priešpriešinamą kokiam nors kitam tikslui ar principui, aptarnaujamam demokratijos ar ekonominės rinkos. Pavyzdžiui, gerai žinoma idėja, jog teises į perskirstymą pateisina lygybės idealas, kuris tam tikrais atvejais pranoksta rinkos našumo idealus, neturi vietos liberalioje teorijoje. Liberalui teises pateisina ne koks nors principas, besivaržantis su nepriklausomu politinių ir ekonominių institucijų, kurias *jos įgalioja,* pateisinimu, – jos yra pateisinamos todėl, kad būtina ištobulinti vieninteli pateisinimą, kuriuo ir pačios tos institucijos tegali remtis. Jeigu liberalūs argumentai už tam tikrą teisę yra protingi, tai ta teisė yra besąlygiška politinės moralės pataisa, o ne būtinas, nors ir apgailestautinas kompromisas, aukojantis kokį nors kitą nepriklausomą tikslą, tokį kaip ekonominis našumas.

Aš sakiau, jog konservatorius laikosi vienos iš kelių galimų alternatyvų liberaliajai lygybės koncepcijai. Visas šias alternatyvas sieja nuomonė, jog pagarbus asmens traktavimas reikalauja jį traktuoti taip, kaip norėtų būti traktuojamas geras žmogus. Konservatorius taria, jog geras žmogus norėtų būti traktuojamas pagal ypatingos visuomenės, kurią vadinsiu dorybių visuomene, principus. Dorybių visuomenė pasižymi šiais bendrais bruožais. Jos narius sieja racionali dorybės koncepcija, t. y. savybių ir įpročių, kurių žmonės turėtų siekti ir kurias turėtų demonstruoti, koncepcija. Jie visi laikosi šios dorybės

koncepcijos ne tik privačiai, kaip individai, bet ir viešumoje: jie mano, jog jų bendruomenė savo socialinėje ir politinėje veikloje demonstruoja dorybes ir kad jie turi atsakomybę, kaip piliečiai, puoselėti šias dorybes. Šia prasme kitų savo bendruomenės narių gyvenimą jie traktuoja kaip savo pačių gyvenimo dalį. Konservatyviosios pažiūros nėra vienintelės, kurios remiasi šiuo dorybių visuomenės idealu (juo remiasi ir kai kurios socializmo formos). Tačiau konservatorius išsiskiria tuo, jog mano, kad jo visuomenė, su savo dabartinėmis institucijomis, yra dorybių visuomenė dėl tos ypatingos priežasties, jog jos istorija ir bendra patirtis yra geresni vedliai racionalių dorybių srityje nei tie, kuriuos gali suteikti bet kokia neistorinė ir todėl abstrakti dorybės dedukcija iš pirmųjų principų.

Tarkime, jog konservatorius paprašomas suformuluoti konstituciją, tinkamą visuomenei, apskritai imant, panašiai į mūsiškę, kurią jis mano esant dorybingą. Panašiai kaip liberalas, jis supras didelę įprastinių politinės demokratijos ir ekonominės rinkos institucijų naudą. Tačiau konservatoriui tų institucijų patrauklumas bus visai kitoks. Ekonominė rinka realiame gyvenime dosniau atlygina tiems, kurie dėl to, kad pasižymi talento ir stropumo dorybėmis, suteikia daugiau to, ko nori kiti dorybių visuomenės nariai; ir tai konservatoriui yra paskirstymo teisingumo paradigma. Politinė demokratija per civilinės ir baudžiamosios teisės nuostatas galimybes paskirsto taip, kaip jos turi būti paskirstytos dorybių visuomenės piliečių pageidavimu, ir šis procesas suteiks daugiau erdvės dorai veiklai – ir mažiau nedorybėms – negu bet koks kitas ne toks demokratiškas metodas. Be to, demokratija turi ir kitą privalumą, kurio negalėtų turėti joks kitas metodas. Ji leidžia bendruomenei naudoti įstatymų leidybos procesus įtvirtinti, kaip bendruomenei, savo viešosios dorybės koncpecijai.

Taigi įprastinių institucijų patrauklumas konservatoriui yra visai kitoks nei liberalui. Kadangi ir konservatorius, ir liberalas įprastines institucijas laiko naudingomis, nors ir dėl skirtingų priežasčių, šių institucijų, kaip institucijų, egzistavimas nebūtinai bus jų ginčo objektas. Tačiau jie aštriai nesutars klausimu, kokie koreguojamieji įran-

kiai – individualių teisių forma – yra būtini išlaikyti teisingumui, ir šis nesutarimas nebus dėl laipsnio. Liberalas, kaip sakiau, rinką mano esant iš principo defektyvią dėl to, kad ji įgalina morališkai nereikšmingų skirtumų, tokių kaip talento skirtumai, įtaką paskirstymui, todėl mano, jog tie, kurie turi mažiau talento, – pagal rinkos primestus talento kriterijus – turi teisę į kokios nors formos perskirstymą apeliuojant į teisingumą. Tačiau konservatorius giria būtent tą rinkos bruožą, kad ji skatina talentus, vertinamus bendruomenėje, nes šie talentai dorybių bendruomenėje yra dorybės. Tad jis nematys jokio tikro gėrio perskirstymo idėjoje – tik tarnavimą praktinėms reikmėms. Jis paliks erdvės labdarybės dorybei, nes tai – dorybė, kuri įeina į viešąjį sąvadą; tačiau pirmenybę jis atiduos privačiai, o ne viešai labdarybei, nes tai – grynesnė tos dorybės išraiška. Jis gali pripažinti ir viešąją labdarą, būtent tuo atveju, kai ji atrodo būtina išsaugoti politinį lojalumą tų, kurie priešingu atveju patirs pernelyg didelę kančią, kad apskritai ištvertų kapitalistinėje visuomenėje. Tačiau viešoji labdarybė, pateisinama dorybės pagrindais arba praktinių reikmių tenkinimo pagrindais, konservatoriaus akyse bus kompromisas, žalojantis pirmiausiąjį rinkos pateisinimą, o ne – kaip perskirstymą regi liberalas – to pirmiausiojo pateisinimo patobulinimas.

Be to, konservatorius įžvelgs ne tuos pačius atstovaujamosios demokratijos defektus, kuriuos joje įžvelgia liberalas. Konservatorius nekels tikslo iš demokratinio proceso kokia nors pilietinių teisių schema pašalinti moralistines ar kitas išorines preferencijas; priešingai – jo akimis, tai – demokratijos pasididžiavimas, jog išorinės preferencijos įstatymų leidybos keliu paverčiamos viešąja morale. Tačiau konservatorius matys kitokius demokratijos defektus ir įsivaizduos kitokią teisių schemą, skirtą pašalinti jų lemiamam neteisingumui.

Ekonominė rinka paskirsto atlygį talentams, vertinamiems dorybių visuomenėje, tačiau kadangi šie talentai yra nevienodai pasiskirstę, materialinis turtas bus sutelktas vienoje vietoje, ir turtingieji bus priklausomi nuo pavydžios politinės daugumos malonės, daugumos, trokštančios pasitelkiant teisę pasiimti tai, ko ji negali įgyti

talentu. Teisingumas reikalauja kokios nors apsaugos sėkmingiesiems. Konservatorius norės (istoriškai visada stengėsi) laikytis kokios nors linijos prieš balsavimo teisių išplėtimą toms grupėms, kurios, tikėtiniausia, bus pavydžios, tačiau esama akivaizdaus konflikto tarp abstrakčios lygybės idealo – net konservatyviai suprantamo – ir didelių gyventojų grupių teisių pamynimo. Kad ir kaip ten būtų, jeigu konservatizmas nori būti politiškai galingas, jis privalo negrasinti nušalinti nuo politinės galios tų, iš kurių būtų reikalaujama sutikti – formaliai ar nebyliai – su savo pačių išstūmimu. Konservatorius įžvelgs daugiau patrauklumo kitokioje ir politiškai daug realesnėje idėjoje – teisių į nuosavybę idėjoje.

Šios teisės turi tokią pačią galią kaip liberalo pilietinės teisės, tačiau, žinoma, radikaliai kitokį turinį. Liberalas savo paties tikslų labui pripažins kokią nors teisę į nuosavybę, nes kokį nors suverenumą įvairių asmeninio turto objektų atžvilgiu laikys esminiu orumui dalyku. Tačiau konservatorius sieks apginti visai kitokio pobūdžio nuosavybės teises; jis ieškos teisių, saugančių ne kokią nors minimalią valdžią tam tikro turto kiekio atžvilgiu, kurį galima nepriklausomai parodyti esant pageidautiną, o neribotos valdymo teisės viso to atžvilgiu, kas buvo įgyta per instituciją, kuri apibrėžia ir atlygina talentą.

Konservatorius neseks liberalu ir nesirūpins taip kaip pastarasis procedūrinėmis teisėmis baudžiamajame procese. Pamatines – baudžiamosios teisės ir teismo proceso – institucijas jis pripažins kaip prideramas; tačiau galimame kalto asmens išteisinime jis matys ne šiaip atgrasymo strategijos nesėkmę, o pamatinio principo, jog nedorybės smerkimas yra dorybės autoriteto sąlyga, pažeidimą. Tad jis manys, kad teisingos baudžiamosios procedūros yra tos, kurios didina antecedentinę tikimybę, jog tam tikri sprendimai dėl kaltės arba nekaltumo bus teisingi. Jis rems teises, saugančias, pavyzdžiui, nuo kvotimo ar parodymų davimo prieš save, kai tokios teisės atrodo būtinos apsisaugoti nuo žalojimo ar kitų priemonių, kuriomis gali būti tikimasi išgauti prisipažinimą iš nekalto asmens; tačiau jam neberūpės tokios teisės kitais atvejais, kai neprievarta gali būti užtikrinta kitais būdais.

Teisingumui jautriam konservatoriui rūpės rasinė diskriminacija, tačiau jo rūpestis skirsis nuo liberalo rūpesčio, ir teisinės taisomosios priemonės, kurias jis palaikys, taip pat bus kitokios. Perskyra tarp galimybių lygybės ir rezultato lygybės yra lemiamos reikšmės konservatoriui: ekonominės rinkos ir atstovaujamosios demokratijos institucijos negali pasiekti to, ką, kaip jis taria, jos pasiekia, jeigu kiekvienas pilietis neturi vienodų galimybių naudotis savo įgimtais talentais ir kitomis vertybėmis konkurencijoje, kurią šios institucijos užtikrina. Tačiau kadangi konservatorius žino, jog šios dorybės yra nelygiai pasiskirsčiusios, jis taip pat žino, jog galimybių lygybė neišvengiamai bus pažeista, jeigu konkurencijos rezultatas yra rezultatų lygybė.

Todėl sąžiningas konservatorius turi įsiklausyti į kaltinimą, kad išankstinė neigiama nuostata neigia skirtingų rasių narių galimybių lygybę, ir turi pripažinti teisinių taisomųjų priemonių, sukurtų atkurti tą lygybę tiek, kiek tai gali būti įmanoma, teisingumą. Tačiau jis nuolat oponuos visokiai „afirmatyviojo veiksmo" formai, kuria suteikiamos išskirtinės galimybės, kaip antai vietos medicinos mokykloje ar darbo vietos, nustatant kokius nors kitokius kriterijus, išskyrus kokią nors deramą dorybės, vertos atlygio, koncepciją.

Ginklų kontrolės problema, kurios iki šiol nesu paminėjęs, yra puiki konservatoriaus postuluojamos pagrindinės politinės moralės galios iliustracija. Jis pasisako už griežtą sekso leidinių publikavimo ir seksualinio elgesio kontrolę, tačiau oponuoja panašiai ginklų laikymo ar naudojimo kontrolei, nors ginklai yra pavojingesni už seksą. Antruosiuose Carterio ir Fordo debatuose prezidentas Fordas labai aiškiai suformulavo konservatyviąją poziciją dėl ginklų kontrolės. Nuoseklūs konservatoriai neginčija, jog privatus ir nekontroliuojamas ginklų laikymas veda prie prievartos, nes paleidžia į apyvartą ginklus, kuriuos blogi žmonės gali panaudoti blogam. Tačiau (sakė prezidentas Fordas), jeigu mes reaguojame į tą problemą neleisdami turėti ginklų geriems žmonėms, mes nubaudžiame ne tuos žmones. Žinoma, konservatyviąją poziciją išskiria būtent tai, kad reguliavimą ji suvokia kaip pasmerkimą, taigi kaip baudimą. Tačiau šitaip traktuoti

reguliavimą konservatorius turi dėl to, kad mano, jog dorybių visuomenėje galimybės turi būti paskirstytos taip, kad būtų palaikomi dori aktai – nedorų aktų sąskaita.

Vietoj išvados šį tą – nors ir nedaug – pasakysiu apie du iš daugelio svarbių klausimų, suponuojamų to, ką pasakiau. Pirmasis – klausimas, suformuluotas pirmajame šios esė skirsnyje. Ar mano aprašytoji liberalizmo teorija atsako į skeptinę tezę? Ar ji paaiškina mūsų netikrumą dėl to, ko gi liberalizmas šiandien reikalauja ir ar jis yra sąžininga ir kritikai atspari politinė teorija? Didelę dalį to netikrumo galima kildinti iš dvejonių dėl liberalizmo siejimosi su staiga nemadinga tapusia ekonominio augimo idėja. Anot populiarios nuomonės, liberalizmui yra svarbi kokia nors utilitarizmo forma, augimą visgi laikanti savaimine vertybe, tačiau mano argumentai, jeigu jie vykę, rodo, jog ši nuomonė yra klaidinga. Ekonominis augimas, matuojamas konvenciniais matais, buvo išvestinis Naujojo kurso liberalizmo elementas. Jis atrodė atliekąs naudingą vaidmenį siekiant sudėtingo egalitarinio išteklių paskirstymo, kurio reikalauja liberalizmas. Jeigu dabar atrodo, jog ekonominis augimas labiau žaloja liberalią lygybės koncepciją nei jai padeda, tai liberalo valia atmesti ar apriboti augimą kaip strategiją. Jeigu augimo naudą galima ginčyti, – o aš manau, kad galima, – tai liberalai atrodys neužtikrinti ir dviveidiškai traktuoją šį klausimą.

Tačiau šis dalykas yra sudėtingesnis, nei jį parodo ši analizė, nes ekonominį augimą galima kritikuoti dėl daugelio skirtingų motyvų, tarp kurių yra tokių, kurie akivaizdžiai neįmanomi liberalo atveju. Esama stipraus sentimento, jog paprastesnis gyvenimas yra geresnis – savaime – už vartotojišką gyvenimą, kurį mūsų dienomis pasirinko dauguma amerikiečių; paprastesnis gyvenimas reikalauja gyventi santaikoje su gamta, todėl jis sutrikdomas, kai, pavyzdžiui, gražų kalno vaizdą sudarko kasykla, kurioje kasama anglis, glūdinti tuose kalnuose. Ar kalno vaizdas turėtų būti išsaugotas, kad būtų apsaugotas nuo jo priklausomas gyvenimo būdas, – išsaugotas normomis, draudžiančiomis angliakasybą, arba perperkant mokesčių mokėtojų

pinigais, skirtais nacionaliniam parkui? Ar liberalas gali paremti tokias politines nuostatas, likdamas ištikimas savo pagrindinei politinei moralei? Jeigu jis mano, jog vyriausybės įsikišimas yra būtinas teisingam išteklių paskirstymui pasiekti, remdamasis tuo pagrindu, jog rinka neteisingai atspindi preferencijas tų, kurie nori parko, atžvilgiu tų, kurie nori to, ką produkuos anglis, tai jis turi standartinį egalitarinį motyvą įsikišimui paremti. Tačiau tarkime, jog jis taip nemano, o mano, jog tie, kurie nori parko, turi pranašesnę koncepciją, aiškinančią, koks gyvenimas iš tiesų yra vertingas. Neliberalas gali paremti gamtosaugą, remdamasis šia teorija; tačiau liberalas negali.

Tačiau tarkime, jog liberalas laikosi kitokios, sudėtingesnės pažiūros į natūralių išteklių išsaugojimo svarbą. Jis mano, jog nepaliesto gamtos kampelio pajungimas vartotojų ekonomikai yra natūralus ir neatšaukiamas dalykas ir kad šis procesas gyvenimo būdą, kuris buvo trokštamas ir laikytas tenkinančiu praeityje, padarys nebeįmanomą ateities kartoms ir, tiesą sakant, ateityje neįmanomą ir tiems, kurie dabar atrodo nesuvokią jo patrauklumo. Jis bijo, jog šis gyvenimo būdas taps nežinomas, tad šis procesas nėra neutralus visų konkuruojančių gero gyvenimo idėjų atžvilgiu – iš tikrųjų jis yra destruktyvus pačios kai kurių iš jų galimybės atžvilgiu. Tokiu atveju liberalas už gamtosaugos programą turi motyvų, kurie ne tik dera su jo pagrindine morale, bet ir yra jos remiami.

Šias galimas argumentacijos linijas brėžiu ne tam, kad parodyčiau liberalui lengvesnį kelią prieiti populiarias politines nuostatas, bet tam, kad iliustruočiau naujosios politikos iškeltų klausimų sudėtingumą. Liberalizmas atrodo adekvatus ir stiprus tuomet, kai pakankamai aišku, kurios praktinės politinės nuostatos yra išvestos iš jo pamatinės pagrindinės moralės; tais atvejais politikoje tampa įmanoma tai, ką pavadinau liberaliuoju politinių nuostatų konsensu. Tačiau toks konsensas yra trapus, ir kai jis išyra, liberalai turi persigrupuoti, pirmiausia gilindamiesi ir analizuodami, kad paskatintų šviežią ir gilesnį supratimą to, kas yra liberalizmas, o tada formuluodami naują ir šiuolaikišką liberalų programą. Analizė ir teorija dar neįsibėgėjo, o naujos programos horizonte dar nematyti.

Pagaliau, antrasis klausimas, kurį noriu paminėti, yra klausimas, kurio iki šiol iš viso nepaliečiau. Ką galima pasakyti liberalizmo naudai? Aš nedarau prielaidos, jog liberalizmą padariau patrauklesnį sakydamas, kad jo pagrindinė moralė yra lygybės teorija, reikalaujanti oficialaus neutralumo visų teorijų, aiškinančių, kas yra vertintina gyvenime, atžvilgiu. Šis teiginys sukels įvairių prieštaravimų. Gali būti sakoma, jog liberalizmas, šitaip suvokiamas, remiasi skepticizmu dėl gėrio teorijų arba kad jis pagrįstas menkinančia pažiūra į žmogaus prigimtį – pažiūra, tariančia, jog žmonės yra atomai, galintys egzistuoti ir realizuoti save nepriklausomai nuo politinės bendruomenės, arba kad jis pats save paneigia, nes liberalizmas pats turi būti gėrio teorija, arba kad jis nepripažįsta politinei visuomenei jos aukščiausios funkcijos ir galutinio pateisinimo, būtent – jog visuomenė privalo padėti savo nariams pasiekti tai, kas iš tikrųjų yra gėris. Pirmieji trys iš šių prieštaravimų mums neturėtų ilgai rūpėti, nes jie pagrįsti filosofinėmis klaidomis, kurias galiu greitai įvardyti, nepradėdamas kontrargumentuoti. Liberalizmas negali būti pagrįstas skepticizmu. Jo pagrindinė moralė numato, jog žmones jų valdžia turi traktuoti kaip lygius ne dėl to, kad politinėje moralėje nesama teisingumo ir neteisingumo, bet dėl to, kad būtent šitaip traktuoti žmones yra teisinga. Liberalizmas nėra pagrįstas kokia nors specialia asmenybės teorija, taip pat jis neneigia, jog dauguma žmonių manys, kad jiems gėris – tai būti aktyviems visuomenėje. Liberalizmas neprieštarauja sau: liberalioji lygybės koncepcija yra politinės organizacijos principas, kurio reikalauja teisingumas, o ne gyvenimo būdas individams, ir liberalams, kaip liberalams, nerūpi, ar žmonės nusprendžia viešai pasisakyti politiniais klausimais arba gyventi neįprastą gyvenimą, arba pasižymėti dar kokiu nors elgesiu, kurio, kaip tariama, neva pageidauja liberalai.

Tačiau ketvirtojo prieštaravimo negalima taip lengvai atidėti į šalį. Nesama paprasto būdo parodyti, koks turi būti institucijų, turinčių galios monopolį kitų gyvenimo atžvilgiu, vaidmuo; racionalūs ir moralūs žmonės dėl to nesutars. Klausimas iš esmės yra mano identifikuotasis: koks yra pagarbos, būtinos orumui ir nepriklausomybei, turinys?

Šitai kelia problemų moralės ir proto filosofijoje – problemų, kurios yra fundamentalios politinei teorijai, nors čia mūsų ir neaptartų; tačiau ši esė teikia implikacijų vienam klausimui, kurį kartais manoma esant svarbų. Kartais sakoma, jog liberalizmas yra neabejotinai neteisus, nes taria, kad žmonių nuomonės dėl to, kokio gyvenimo jie nori, yra spontaniškos, nors iš tikrųjų šios nuomonės yra ekonominės sistemos ar kitų visuomenės, kurioje jie gyvena, aspektų produktai. Taip prieštarauti liberalizmui būtų galima, jeigu jis būtų pagrįstas kokia nors preferencijų utilitarizmo forma, anot kurio paskirstymo teisingumo esmė – pasiekti, kad kuo daugiau žmonių turėtų tai, ko jie tomis aplinkybėmis nori. Ieškant argumentų prieš preferencijų utilitarizmą, pravartu pažymėti, jog kadangi žmonių preferencijas formuoja jau egzistuojanti paskirstymo sistema, šios preferencijos paprastai yra palankios sistemai, o tai – ir ydingas ratas, ir neteisinga. Tačiau liberalizmas, kaip aš jį aprašiau, preferencijų turinio nedaro paskirstymo teisingumo kriterijumi. Priešingai: jis nori apsaugoti individus, kurių poreikiai yra ypatingi arba kurių ambicijos yra neįprastos tos aplinkybės akivaizdoje, jog populiaresnės preferencijos yra instituciškai ir socialiai įtvirtintos, nes šitai yra liberalo ekonominių ir politinių teisių schemos paskirtis ir pateisinimas. Į priekaištą, jog preferencijas lemia paskirstymo sistemos, liberalizmas pateikia logišką atsakymą: tokiu atveju yra juolab svarbu, kad paskirstymas būtų teisingas savaime, o ne tikrinant preferencijomis, kurias jis produkuoja.

9. Kodėl liberalams turėtų rūpėti lygybė*

Nors liberalizmas dažnai svarstomas kaip vieninga politinė teorija, iš tikrųjų esama dviejų pamatinių liberalizmo formų, ir perskyra tarp jų yra didžiai svarbi. Abi pasisako prieš teisinį privačios moralės įgyvendinimą – pavyzdžiui, abi teikia argumentus prieš Moraliosios daugumos pažiūras į homoseksualumą ir abortą – ir abi pasisako už didesnę seksualinę, politinę ir ekonominę lygybę. Tačiau jos nesutaria, kuri iš šių dviejų tradicinių liberalių vertybių yra pagrindinė, o kuri išvestinė. Liberalizmas, pagrįstas neutralumu, pagrindine laiko idėją, kad valdžia privalo nebūti šališka moraliniais klausimais, ir palaiko tik tokias egalitarines priemones, kurios, kaip galima parodyti, yra šio principo rezultatas. Liberalizmui, pagrįstam lygybe, fundamentalu yra tai, kad valdžia savo piliečius traktuotų kaip lygius, ir moralinio neutralumo jis reikalauja tik tuo laipsniu, kuriuo jo reikalauja lygybė.

Skirtumas tarp šių dviejų liberalizmo versijų yra lemiamos reikšmės, nes tiek liberalios teorijos turinys, tiek jos patrauklumas priklauso nuo to, kuri iš šių dviejų vertybių suprantama kaip jos tikrasis pagrindas. Liberalizmas, pagrįstas neutralumu, savo pačią natūraliausią ginamąją argumentaciją randa kokioje nors moralinio skepticizmo formoje, o šitai jį daro neatsparų kaltinimui, jog liberalizmas yra negatyvi teorija neįsipareigojusiems žmonėms. Be to, jis nepateikia jokių efektyvių argumentų prieš utilitarinį bei kitus šiuolaikinius ekonominės nelygybės pateisinimus, todėl nesuteikia jokios filosofinės

* Pastaba. Pirmą kartą publikuota *The New York Review of Books,* February 3, 1983. © Ronald Dworkin.

paramos tiems, kurie baisisi Reagano administracijos ekonomine programa. Liberalizmas, pagrįstas lygybe, neturi nė vieno iš šių defektų. Jis remiasi pozityviu įsipareigojimu egalitarinei moralei ir dėl šios savo moralės sudaro ryškų kontrastą privilegijų ekonomikai.

Šioje esė išdėstysiu tai, ką laikau pagrindiniais liberalizmo, pagrįsto lygybe, principais.[105] Ši liberalizmo forma reikalauja, kad valdžia traktuotų žmones kaip lygius štai kokia prasme. Ji privalo neversti aukotis ir nevaržyti jokių piliečių remdamasi argumentu, kurio pilietis negalėtų pripažinti, neatsižadėdamas savo lygios vertės suvokimo. Šis abstraktus principas verčia liberalus oponuoti Naujosios dešinės liberalizmui, nes joks save gerbiantis asmuo, kuris mano, kad tam tikras gyvenimo būdas jam yra pats vertingiausias, negali sutikti, kad šis gyvenimo būdas yra niekingas arba žeminantis. Joks save gerbiantis ateistas negali sutikti, kad bendruomenė, kurioje religija yra prievolės dalykas, dėl šios priežasties yra geresnė, ir nė vienas, kuris yra homoseksualus, – kad homoseksualumo išgyvendinimas daro bendruomenę grynesnę.

Taigi liberalizmas kaip lygybe grindžiama koncepcija pateisina tradicinį liberalinį principą, kad valdžia neturėtų teikti galios privačiai šios rūšies moralei. Tačiau jis turi ir ekonominę, ne tik socialinę dimensiją. Jis reikalauja ekonominės sistemos, kurioje jokiam piliečiui netenka mažesnė nei lygi dalis bendruomenės išteklių tiesiog dėl to, kad kiti galėtų turėti daugiau to, ko jis neturi. Nenoriu pasakyti, jog liberalizmas reikalauja to, kas dažnai vadinama „rezultatų lygybe", t. y. kad kiekvienas iš piliečių kiekvienu savo gyvenimo momentu turėtų tiek pat turto kiek kitas. Valdžia, prisiekusi šiam idealui, turi nuolat perskirstyti turtą, pašalindama visus turto nelygumus, kuriuos produkuoja rinkos transakcijos. Tačiau šitai reikštų *nelygios* išteklių dalies skyrimą skirtingai gyvenantiems žmonėms. Tarkime, kad dviejų žmonių, įpusėjusių savo karjeras, bankų sąskaitos labai skiriasi, nes vienas nusprendė nedirbti arba nedirbti pačiame pelningiausiame darbe, kokį jis būtų galėjęs rasti, tuo tarpu kitas atsidėjęs dirbo, siekdamas pelno. Arba, pavyzdžiui, dėl to, kad vienas iš jų turėjo ryžto imtis itin daug reikalaujančio ar atsakingo darbo, kurio

atsisakė kitas. Arba dėl to, kad vienas pasmerkė save didesnei rizikai, kuri galėjo baigtis katastrofa, tačiau iš tikrųjų atnešė sėkmę, tuo tarpu kitas investavo santūriai. Principas, kad žmonės turėtų būti traktuojami kaip lygūs, neteikia gero pagrindo perskirstymui šiomis aplinkybėmis; priešingai – jis teikia gerą motyvą *prieš* jį.

Mat žmonių kaip lygių traktavimas reikalauja, kad kiekvienam būtų suteikta laisvė projektams, kuriems jis skiria savo gyvenimą, naudoti ne daugiau kaip vienodą dalį išteklių, prieinamų visiems, o apskaičiuoti, kiek kiekvienas asmuo suvartojo, turint omenyje visus aspektus, negalime neatsižvelgdami į išteklius, kuriuos jis investavo, o ne tik į tuos, kuriuos jis gavo iš ekonomikos. Žmonių daromi sprendimai dėl darbo, laisvalaikio ir investavimo turi įtakos bendruomenės kaip visumos ištekliams, ir šis poveikis privalo atsispindėti skaičiavimuose, kurių reikalauja lygybė. Jeigu vienas asmuo pasirenka darbą, kuris mažiau prisideda prie kitų žmonių gyvenimo kokybės nei kitas darbas, kurį jis būtų galėjęs pasirinkti, tai, nors šitai tikrai galėjo būti deramas pasirinkimas jo atveju, turint omenyje jo asmeninius tikslus, jis vis dėlto menkiau papildė išteklius, prieinamus kitiems, ir šito turi būti paisoma egalitarinėje kalkuliacijoje. Jeigu vienas asmuo nusprendžia investuoti į produktyvią veiklą, užuot iš karto išleidęs savo lėšas, ir jeigu jo investicija yra sėkminga, nes pagausina gėrybių asortimentą ar paslaugas, kurių iš tikrųjų nori kiti žmonės, nieko neprievartaudama, jo pasirinkimas bus gausiau papildęs socialinius išteklius nei sprendimas to, kuris neinvestuoja, ir šitai taip pat turi atsispindėti bet kokiuose skaičiavimuose, kurie turi nustatyti, ar jis, viską turint omenyje, pasiėmė daugiau nei savo dalį.

Šitai, manau, paaiškina, kodėl liberalai praeityje jautė potraukį rinkos kaip išteklių skirstymo metodo idėjai. Naši rinka, palanki investavimui, darbo jėgai ir gėrybėms, veikia tarsi aukcionas, kuriame asmeniui kainą to, ką jis vartoja kaip gėrybes, taip pat laisvalaikiu, ir vertę to, kuo jis prisideda, produktyviu darbu ir sprendimais, fiksuoja suma, kurią jo naudojimasis kokiu nors ištekliu kainuoja kitiems, arba mastas, kuriuo jo įnašas duoda jiems naudos, kiekvienu atveju matuojant jų nusiteikimu mokėti už tai. Išties, jeigu pasaulis

būtų visai kitoks nei yra, liberalas galėtų pripažinti našios rinkos rezultatus kaip *apibrėžiančius* lygias bendruomenės išteklių dalis. Jeigu žmonės pradžioje turi vienodą turto kiekį ir apytikriai vienodo lygio įgimtą pajėgumą, tai rinkos reguliuojamas paskirstymas užtikrintų, jog niekas negalėtų pagrįstai skųstis, kad jis per visą savo gyvenimą turėjo mažiau negu kiti. Jis būtų galėjęs turėti tiek pat kaip jie, jeigu būtų priėmęs sprendimus vartoti, taupyti ar dirbti, kuriuos priėmė jie.

Tačiau realiame pasaulyje žmonės nepradeda savo gyvenimo vienodomis sąlygomis; kai kurie pradeda, turėdami ryškių pranašumų šeimos turto arba formalaus ar neformalaus išsilavinimo dėka. Kiti kenčia dėl to, kad jų rasė yra niekinama. Be to, procesuose, lemiančiuose, kam tenka darbo vietos, kurių nori kiekvienas, arba kas jas išlaiko, svarbų, kartais visa lemiantį vaidmenį vaidina sėkmė. Visiškai nepriklausomai nuo šių akivaizdžių nelygumų, žmonės nėra lygūs savo įgimtais gebėjimais ar protiniu pajėgumu, ar kitomis prigimtinėmis galiomis; priešingai, jie labai skiriasi – ne savo valia – tais įvairiais pajėgumais, kuriuos rinka linkusi atlyginti. Tad kai kurie žmonės, kurie visiškai tvirtai nusiteikę, netgi veržiasi daryti būtent tokius sprendimus dėl darbo, vartojimo ir taupymo, kokius daro kiti žmonės, galiausiai vis tiek įgyja mažiau išteklių, ir jokia įtikinama lygybės teorija negali šito pripažinti kaip teisingo dalyko. Tai idealo, apgaulingai vadinamo „galimybių lygybe“, defektas: apgaulingai, nes rinkos ekonomikoje lygių galimybių neturi tie žmonės, kurie ne tokie pajėgūs sukurti tai, ko nori kiti.

Taigi, turint visa tai omenyje, liberalas negali pripažinti rinkos rezultatų kaip apibrėžiančių vienodą dalį. Jo ekonominio teisingumo teorija turi būti sudėtinga, nes jis pripažįsta du principus, kurių sunku laikytis administruojant dinamišką ekonomiką. Pirmasis reikalauja, kad žmonės bet kuriuo savo gyvenimo momentu kiekvienas turėtų skirtingą turto kiekį, nes sąžiningi sprendimai, kuriuos jie padarė, daugiau ar mažiau brangiai atsiėjo ar atnešė naudos bendruomenei, matuojant tuo, ko kiti žmonės nori savo gyvenimui pagerinti. Rinka šiam principui atrodo neišvengiama. Antrasis reikalauja,

kad žmonės neturėtų skirtingo turto kiekio tiesiog dėl skirtingų įgimtų gebėjimų sukurti tai, ko nori kiti, arba dėl to, kad yra nevienodai lepinami atsitiktinės sėkmės. Šitai reiškia, jog rinkos reguliuojamas gėrybių pasiskirstymas turėtų būti koreguojamos tam, kad kai kuriems žmonėms tenkanti išteklių dalis būtų priartinta prie tos, kurią jie būtų turėję, jei ne tie įvairūs pradinių pranašumų, sėkmės ir įgimtų gebėjimų skirtumai.

Akivaizdu, jog bet kokia praktinė programa, pretenduojanti gerbti abu šiuos principus, veiks netobulai ir nebus išvengta spekuliacijos, kompromiso ir arbitralių sprendimų nežinios akivaizdoje. Mat neįmanoma nustatyti, net iš principo, kurie būtent kiekvieno asmens ekonominės padėties aspektai kyla iš jo sprendimų, o kurie – iš pranašumų ar prastos padėties, kurie nebuvo pasirinkimo dalykas; ir net jeigu mes galime tai nustatyti konkrečių žmonių atveju, kiekvienam individualiai, būtų neįmanoma sukurti mokesčių sistemą nacijai kaip visumai – sistemą, kuri neliestų pirmo principo, o pataisytų tik antrąjį. Todėl nesama tokio dalyko kaip tobulai teisinga perskirstymo programa. Mes turime tenkintis pasirinkdami tas programas, kurios, mūsų įsitikinimu, mus labiau priartina prie sudėtingo ir nepasiekiamo lygybės idealo, į viską atsižvelgiant, – labiau negu įmanomos alternatyvos, ir būti pasirengę nuolat persvarstyti tą išvadą, kai yra pateikiami nauji įrodymai ar naujos programos.[106]

Vis dėlto, nepaisant to idealo sudėtingumo, kartais gali būti akivaizdu, kad visuomenė toli gražu neatitinka jokios įtikinamos jo reikalavimų interpretacijos. Manau, akivaizdu, jog Jungtinės Valstijos dabar labai tolimos nuo to idealo. Svari amerikiečių mažuma yra nuolatiniai bedarbiai arba gauna atlyginimus, peržengiančius bet kokią realistinę „skurdo ribą“, arba turi įvairių negalių, arba yra kamuojami specialių poreikių; ir dauguma iš šių žmonių dirbtų darbą, reikalingą užsidirbti prideramas gyvenimo sąlygas, jeigu turėtų galimybę ir būtų pajėgūs. Išteklių lygybė reikalautų perskirstyti daugiau, nei mes dabar siūlome, o ne mažiau.

Tai, žinoma, nereiškia, jog turėtume tęsti praeities liberalias programas, kad ir kokios neveiksmingos šios pasirodytų esančios, ar

netgi jog turėtume reikalauti toliau vykdyti „į specialius poreikius orientuotas" programas, tokias, kurioms buvo palankūs kai kurie liberalai, – t. y. programas, kurios siekia suteikti tam tikrą galimybę ar išteklių, kaip antai edukaciją ar mediciną, tiems, kuriems jų reikia. Gal bendresnė išteklių skyrimo forma, kaip antai negatyvus pajamų mokestis, pasirodys esanti, turint omenyje visus aspektus, efektyvesnė ir teisingesnė, nepaisant tokioms schemoms kylančių sunkumų. Ir kad ir kokie instrumentai pasirenkami priartinti paskirstymą prie išteklių lygybės, kokia nors parama neabejotinai tenka ir tiems, kurie vengė darbo, užuot jo ieškoję. Dėl to tenka apgailestauti, nes tai pažeidžia vieną iš dviejų principų, kurie kartu kuria išteklių lygybę. Tačiau mes labiau priartėjame prie to idealo, toleruodami šį neteisingumą nei neduodami paramos daug didesniam skaičiui žmonių, kurie dirbtų, jei galėtų. Tad jeigu išteklių lygybė butų mūsų vienintelis tikslas, mes vargiai galėtume pateisinti dabartinį, tolimą nuo perskirstomųjų gerovės programų.

Todėl turime apsvarstyti kitą – sunkesnį – klausimą. Ar liberalai turi reikalauti išteklių lygybės, kad ir kokia būtų jos kaina nacionalinei ekonomikai kaip visumai? Toli gražu nėra akivaizdu, jog žmonių kaip lygių traktavimas neleidžia nė kiek nukrypti nuo išteklių lygybės, kad ir kokia dingstimi. Priešingai, žmonės, turintys gyvą savo vienodos vertės jausmą ir su pasididžiavimu besilaikantys savo įsitikinimų, vis dėlto gali pripažinti tam tikrus motyvus prisiimti specialius įsipareigojimus visos bendruomenės labui. Pavyzdžiui, gynybiniame kare iš tų, kurie pajėgūs tarnauti kariuomenėje, tikimės, kad jie prisiims nepalyginti didesnę pavojaus dalį nei kiti. Taip pat nelygybė nėra leistina tik nepaprastosios padėties atvejais, kai ant kortos stovi bendruomenės išlikimas. Galėtume manyti, pavyzdžiui, jog valdžiai dera skirti ypatingus išteklius išskirtinai talentingų menininkų ir muzikų rengimui, viršijant tą kainą, kurią rinka mokėtų už paslaugas, kurias tie menininkai produkuoja, – nors šitai ir sumažina kitiems tenkančią dalį. Šitai pripažįstame ne dėl to, kad manome, jog menininko gyvenimas yra vidujai vertingesnis nei kitų gyvenimas, o

dėl to, kad bendruomenė su gyvybinga kultūrine tradicija yra aplinka, kurioje piliečiai gali gyventi kūrybingiau ir kuria jie gali didžiuotis. Liberalizmas neprivalo būti nejautrus šioms ir panašioms bendruomenės dorybėms. Klausimas tuomet yra jau nebe tas, ar koks nors nuokrypis nuo principo yra leistinas, bet – kokie motyvai, pagrindžiantys nuokrypį, dera su vienodu rūpesčiu ir pagarba.

Šis klausimas dabar yra itin aktualus štai dėl kokios priežasties. Daugelis ekonomistų mano, kad ekonominės nelygybės mažinimas perskirstant yra žalingas bendrai ekonomikai, o ilgalaikėje perspektyvoje – save žlugdantis. Sakoma, kad gerovės programos yra infliacinės, o mokesčių sistema, reikalinga joms išlaikyti, slopina paskatas, taigi ir produkciją. Teigiama, jog ekonomikai galima sugrąžinti stimulą tik mažinant mokesčius bei diegiant kitas programas, kurios trumpalaikėje perspektyvoje produkuos aukštą nedarbo lygį ir padarys kitokios ypatingos žalos tiems, kurie jau ir šiaip yra ekonomikos dugne. Tačiau ši žala bus tik laikina. Mat dinamiškesnė ekonomika sukurs klestėjimą, o šitai galiausiai užtikrins daugiau darbo vietų ir daugiau pinigų neįgaliesiems ir kitiems, kuriems tikrai reikia pagalbos.

Kiekvienas iš šių teiginių yra abejotinas, ir visai galimas dalykas, jog visi jie yra klaidingi. Tačiau įsivaizduokime, jog juos pripažįstame. Ar jie teikia argumentų ignoruoti tuos, kurie dabar yra ekonominėje duobėje? Žinoma, argumentas būtų neatremiamas, jeigu *kiekvieno,* kuris pralaimėjo dėl negailestingo politinio kurso, padėtis dabar iš tikrųjų būtų geresnė ilgalaikės perspektyvos požiūriu. Tačiau nors tai yra dažnai sakoma lengvabūdiškoje mokesčių mažinimo retorikoje, tai – absurdiška. Labai neįtikėtina, kad žmonės, nušalinti nuo darbo ne vieneriems metams, be jokios efektyvaus persikvalifikavimo galimybės, kompensuos savo nuostolius vėliau, ypač jeigu turime omenyje jų psichologinius nuostolius. Vaikai, neturintys galimybės prideramai maitintis ar jokio realaus šanso įgyti aukštąjį išsilavinimą, kęs nuolatinį nuostolį, net jeigu ekonomika pačiu optimistiškiausiu kursu plėtojasi atsigavimo link. Kai kurie iš tų žmonių, kurie netenka darbo ir socialinės paramos, ypač vyresnio amžiaus,

kiekvienu atveju negyvens tiek ilgai, kad pasinaudotų tuo atsigavimu, nors jis ir pasirodys visa apimantis.

Taigi šiuo metu populiarus argumentas, jog dabar mes turime sumažinti socialinę paramą, kad vėliau sulauktume visuotinio klestėjimo, yra paprasčiausiai utilitaristinis argumentas, mėginantis pateisinti nepataisomus praradimus, patiriamus mažumos, kad būtų pasiekta naudos didelei daugumui. (Viena Reagano Ekonominių patarėjų tarybos ataskaita pakankamai atvirai rėmėsi šia utilitarine nuostata: joje aiškinta, jog Reagano ekonominė politika buvo reikalinga tam, kad itin skurdžiai gyvenantys žmonės, kurių nuostolis bus nuolatinis, nebūtų traktuojami kaip specialus interesas!) Tačiau šitai pamina fundamentalų liberalizmo, pagrįsto lygybe, principą, – principą, jog žmonės privalo būti traktuojami su vienodu rūpesčiu. Iš kai kurių žmonių reikalaujama pripažinti gyvenimą didelio skurdo sąlygomis ir be jokios vilties, be jokios geresnės ateities perspektyvos, tiesiog tam, kad didžioji bendruomenės dauguma galėtų turėti dar daugiau to, ko tie žmonės niekada neturės. Gal žmones ir galima jėga įstumti į tokią padėtį. Tačiau jie negali jos pripažinti, visiškai ar iš dalies neišsižadėdami savo nepriklausomybės ir savo teisės į vienodą rūpestį iš valdžios pusės.

Tačiau tarkime, jog administracijos politinių nuostatų pagrindimas formuluojamas kitaip – atkreipiant dėmesį į ypatingus socialinius pavojus, kuriuos kelia praeities perskirstymo programų tąsa ar taikymo išplėtimas. Galėtume įsivaizduoti du šios rūšies argumentus. Pirmasis kreipia dėmesį į infliacijos žalą ne tik perkamajai galiai, santaupoms bei daugumos, kaip individų, ateities perspektyvai, bet ir viešajam klimatui, kurio sąlygomis visi piliečiai turi gyventi ir kuriuo visi galėtų didžiuotis arba dėl kurio galėtų jausti gėdą. Kai visuomenė tampa skurdesnė dėl to, kad nusmunka gamyba, o gerovės užtikrinimo mechanizmai suyra, ji praranda tas įvairias savybes, kurias mes giriame. Jos kultūra tampa nebegyvybinga, jos tvarka smunka, jos baudžiamosios ir civilinės teisės sistema tampa ne tokia preciziška ir ne tokia teisinga; šiais ir kitais atžvilgiais ji laipsniškai tolsta nuo mūsų geros visuomenės koncepcijos idealų. Šio nuopuolio neįmanoma

sustabdyti gausinant mokesčius, kad būtų galima remti šias viešąsias gėrybes, nes tai tik toliau slopins produkciją ir spartins smukimą. Anot šio argumento, tie, kurie patiria žalą dėl programų, sukurtų sustabdyti infliaciją ir atgaivinti ekonomiką, yra raginami aukotis – ne tik tam, kad praturtintų kitus privačiai, bet ir jaučiant lojalumą viešoms savo pačių visuomenės institucijoms.

Antrasis argumentas yra kitoks, nes kreipia dėmesį į ateities kartų interesus. Jis tikina mus tarti, jog jeigu mes dabar būsime pernelyg jautrūs lygybei, taip nususinsime bendruomenės gerovę, jog ateities amerikiečiai kęs dar blogesnę padėtį, nei patys skurdžiausi – dabar. Greičiausiai ateities amerikiečiai turės ne daugiau nei ekonomiškai išsekinti trečiojo pasaulio šalių piliečiai dabarties pasaulyje. Antrasis argumentas iš esmės sako štai ką: iš dabar skurdžiai gyvenančiųjų prašoma aukotis jų bendrapiliečių naudai dabar, kad būtų išvengta daug didesnio neteisingumo, kurį patirtų daug didesnis skaičius piliečių vėliau.

Nė vienas iš šių dviejų argumentų aiškiai nenusižengia liberalo aksiominiam principui – vienodo rūpesčio ir pagarbos principui. Kiekvieną iš jų galima pasiūlyti žmonėms, kurie didžiuojasi savo lygia verte ir savo įsitikinimu ta verte. Tačiau tik tam tikromis aplinkybėmis. Abu argumentai, nors ir skirtingais būdais, apeliuoja į idėją, kad kiekvienas pilietis yra bendruomenės narys ir kad tos bendruomenės lemtyje jis gali rasti motyvą tiems ypatingiems įsipareigojimams pagrįsti, kuriuos jis gali pripažinti su pasididžiavimu, o ne kaip pažeminimą. Šitai priimtina, tik kai ta bendruomenė siūlo jam mažų mažiausiai galimybę plėtoti ir gyventi tokį gyvenimą, kurį jis gali laikyti vertingu tiek sau, tiek jai.

Kitaip tariant, turime skirti pasyvią ir aktyvią narystę bendruomenėje. Totalitariniai režimai taria, kad kiekvienas, kuris gyvena jų bendruomenėje, taigi yra pavaldus jos politinei galiai, yra bendruomenės narys, iš kurio galima teisingai reikalauti aukotis dėl tos bendruomenės didybės ir ateities. Žmonių kaip lygių traktavimas reikalauja aktyvesnės narystės koncepcijos. Jeigu iš žmonių reikalaujama aukotis savo bendruomenei, jiems turi būti pateikta kokia nors priežastis, dėl

kurios bendruomenė, kuri turi naudos iš tos aukos, yra jų bendruomenė; turi būti kokia nors priežastis, kodėl, pavyzdžiui, Detroito bedarbiams juodaodžiams turėtų labiau rūpėti Mičigano viešoji dorybė arba ateities kartos nei Malio viešoji dorybė arba ateities kartos.

Turime paklausti, kokiomis aplinkybėmis tas, kuris turi tikrą savo paties nepriklausomybės ir lygios vertės supratimą, gali didžiuotis bendruomene kaip savo bendruomene, o tam atrodo būtinos mažiausiai dvi sąlygos. Jis gali didžiuotis jos dabartiniu patrauklumu – kultūros turtingumu, institucijų teisingumu, edukacijos kūrybingumu – tik jeigu jo paties gyvenimas yra toks, kuris kokia nors prasme yra paremtas tomis viešosiomis dorybėmis ir prisideda prie jų klestėjimo. Jis gali tapatintis su bendruomenės ateitimi ir pripažinti dabartinį skurdą kaip auką, o ne kaip tironiją, tik jeigu jis turi kokią nors galią padėti spręsti dėl tos ateities pobūdžio ir tik jeigu pažadėtasis klestėjimas užtikrins bent jau vienodą naudą mažesnėms, netarpiškesnėms bendruomenėms, kurioms jis jaučia ypatingą atsakomybę, pavyzdžiui, jo šeimai, jo palikuonims ir – jeigu visuomenė yra tokia, kuri šitai padarė jam svarbiu dalyku, – jo rasei.

Atrodo, kad tai yra minimalios sąlygos, tačiau jos vis dėlto yra neapeinamos. Drauge jos nustato esminius suvaržymus bet kokiai politinei nuostatai, kuri nepripažįsta kokiai nors piliečių grupei, kad ir kokiai mažai ir politiškai neprižiūrimai, vienodų išteklių, kuriuos šiaip jiems teiktų vienodas rūpestis. Žinoma, jokia įsivaizduoti įmanoma programa negali kiekvienam piliečiui užtikrinti gyvenimo, vertingo jo paties akyse. Tačiau tie suvaržymai nustato ribą tam, ką valdžia, gerbianti lygybę, gali sąmoningai nuspręsti, kai yra įmanomi ir kitokie sprendimai. Žmonės neturi būti pasmerkiami – jeigu tai nėra neišvengiama – gyvenimui, kuriame jie praktiškai negali atlikti jokio aktyvaus vaidmens politiniame, ekonominiame ir kultūriniame bendruomenės gyvenime. Taigi jeigu ekonominė politinė strategija numato nedarbo augimą, ji privalo numatyti ir dosnų valstybės aprūpinimą, užtikrinantį perkvalifikavimą ar viešuosius darbus. Skurdžiai gyvenančių žmonių vaikų išsilavinimo galimybės neturi būti ribotesnės, taip pat kitais atžvilgiais jie neturėtų būti užsklęsti visuomenės

dugno padėtyje. Antraip jų tėvų lojalumas jiems veikia ne kaip tiltas, o kaip kliūtis bet kokiam tapatinimuisi su ateitimi, kurios šie tėvai esą turėtų trokšti.

Jeigu tai tiesa, tai šitai skatina prioritetų hierarchiją, kurios turėtų paisyti bet koks socialinės paramos programų karpymas. Tokios programos kaip maisto talonai, parama šeimoms, turinčioms nuolatinės globos reikalaujančių vaikų, ir tos, kurios naudoja federalines lėšas, kad aukštąjį mokslą padarytų prieinamą skurdžiai gyvenantiems žmonėms, yra paskutinės iš programų, kurios turėtų būti apkarpomos, arba (o tai iš esmės tas pat) perleidžiamos valstijų nuožiūrai apeliuojant į kokį nors „naująjį federalizmą". Jeigu „specialias" programas, tokias kaip šios, manoma esant per brangias arba pernelyg neveiksmingas, tai valdžia turi parodyti, kaip alternatyvūs planai ar programos atgaivins dalyvavimo ateities kūrime pažadą, kurį šios programos teikė. Bet kuriuo atveju bendro socialinės paramos, teikiamos skurdžiai gyvenantiems žmonėms, masto mažinimas turėtų eiti pagrečiui su pastangomis padaryti sklandesnius juodaodžių ir kitų mažumų, kurios daugiausia kenčia, socialinę integraciją ir politinį dalyvavimą tam, kad joms būtų užtikrintas svaresnis vaidmuo bendruomenėje, kuriai jie aukojasi. Socialinės paramos mažinimas neturėtų sutapti su kokia nors bendra tendencija atsisakyti pritariamojo veiksmo ir kitų pilietinių teisių programų arba su kokia nors pastanga atšaukti arba pasipriešinti Balsavimo teisių akto patobulinimams. Štai kodėl dabartinės administracijos iki šiol pasiūlytos ar priimtos ekonominės ir socialinės programos atrodo tokios manipuliatyvios ir ciniškos. Visos drauge jos greičiau sumažins, o ne padidins tos klasės, iš kurios jie reikalauja didžiausios aukos, politinį dalyvavimą ir socialinį mobilumą.

Šios pastabos teikia tik apytikres būtinų sąlygų, leidžiančių reikalauti iš žmonių aukoti vienodus išteklius savo bendruomenės labui, gaires. Skirtingi žmonės šias gaires interpretuos skirtingai ir nesutars dėl to, kada jos yra pažeistos. Tačiau jos vis vien gali tapti liberalios teorijos pavėlinto plėtojimo pradžia. Per ilgą liberalizmo dominavimo laikotarpį, nuo Naujojo kurso laikų iki pat 7-ojo dešimtmečio

pabaigos, liberalai buvo užtikrinti, jog tiesioginis skurdo mažinimas buvo visais atžvilgiais geras dalykas platesnei bendruomenei. Socialinis teisingumas, pasak Lyndono Johnsono frazės, padarytų visuomenę vertą pasigėrėjimo. Šitaip liberalai išvengė klausimo, ko reikalauja liberalizmas, kai teisingumas kelia grėsmę gerovei, o ne skatina ją. Jie nepateikė jokio aiškaus ir praktiško paaiškinimo, pagrindžiančio tai, ką būtų galima pavadinti ekonominėmis teisėmis sunkiems laikams: kokia yra apatinė riba, žemiau kurios negalima leisti nusmukti žmonių gyvenimo lygiui didesnio gėrio labui.

Jeigu liberalai atsimena vienodo rūpesčio priesaką, jie dabar sukonstruos tokią teoriją, nurodydami minimalius pagrindus, kuriais iš žmonių, turinčių savigarbos, galima tikėtis, kad jie žiūrės į bendruomenę kaip savo bendruomenę ir žiūrės į jos ateitį kaip visomis prasmėmis savo pačių ateitį. Jeigu valdžia stumia žmones žemiau lygmens, iki kurio jie dar gali padėti kurti bendruomenę ir tame matyti savo pačių gyvenimo vertę, arba jeigu ji žada šviesią ateitį, kurioje jų pačių vaikams numatytas tik antros rūšies gyvenimas, tai ji pamina tą vienintelę prielaidą, kuri galėtų pateisinti jos pačios elgesį.

Nebūtinai turime tikėti niūriomis Naujosios dešinės ekonomistų prognozėmis, anot kurių sugriausime savo ateitį, jeigu mėginsime kiekvienam užtikrinti išteklius gyventi gyvenimą, kuriame įmanomas pasirinkimas ir kuris turi vertę, arba jeigu ir toliau mobilumą pripažinsime absoliučiu prioritetu ir mėginsime užtikrinti deramą aukštąjį išsilavinimą kiekvienam, turinčiam kvalifikacijų. Tačiau jeigu šios niūrios prognozės būtų pagrįstos, turėtume paprasčiausiai atitinkamai apgenėti savo ambicijas, nukreiptas į ateitį. Mat visuomenės prievolės galioja pirmiausia jos šiandien gyvenantiems piliečiams. Jeigu mūsų valdžia gali užtikrinti patrauklią ateitį tik dabartinio neteisingumo kaina – tik versdama kai kuriuos piliečius aukotis dėl bendruomenės, iš kurios jie yra visais atžvilgiais išstumti, – tai mes, visi kiti, turėtume atsisakyti tokios ateities, kad ir kokia patraukli ji būtų, nes ir mes neturėtume jos laikyti savo ateitimi.

10. Kas nėra teisingumas*

Knygoje *Įtakos sferos* (*Spheres of Influence*) Michaelas Walzeris siūlo pliuralistinę socialinio teisingumo teoriją, orientuotą į tai, ką jis vadina „kompleksine" lygybe. Jis atmeta „paprastų" egalitaristų tikslus – egalitaristų, kurie nori padaryti žmones kiek įmanoma lygesnius jų *bendros* padėties atžvilgiu. Jis mano, jog jie ignoruoja tą faktą, kad konvencijos ir paplitusios sampratos, kurios ir sudaro visuomenę, netraktuoja visų gėrybių kaip tų pačių paskirstymo principų objekto. Mūsų konvencijos, sako jis, skirtingos rūšies išteklius ir galimybes priskiria skirtingoms teisingumo „sferoms", kiekviena iš kurių yra reguliuojama jos pačios atskiro teisingumo principo. Šios konvencijos kuria tai, ką Walzeris vadina skirtingų gėrybių „socialine reikšme"; pasak jo, mums į socialinę reikšmę įeina tai, kad medicina ir kitos oraus gyvenimo būtinybės turėtų būti paskirstytos pagal poreikius, bausmės ir garbė – pagal tai, ko žmonės nusipelno, aukštasis lavinimas – pagal talentą, darbo vietos – pagal darbdavio poreikius, turtas – pagal gebėjimus ir sėkmę rinkoje, pilietybė – pagal bendruomenės poreikius ir tradicijas ir t. t.

Kompleksinės lygybės teorijos esmė – dvi idėjos. Kiekvienos rūšies išteklius turi būti paskirstytas pagal principą, prideramą jo sferai, o sėkmė vienoje sferoje neturi „išsilieti per kraštus" ir tapti priežastimi įtvirtinti dominavimą kitoje sferoje. Pavyzdžiui, tam, kuris rinkoje įgyja didelį turtą, mes turime neleisti nusipirkti balsų ir šitaip kontroliuoti politiką. Tačiau jeigu mes išlaikome sferų ribas nepaliestas, tai mums

* Pastaba. Pirmą kartą publikuota *The New York Review of Books*, April 14, 1983. ©Ronald Dworkin.

nereikia jokio bendro individų lyginimo, apimančio visas sferas; mums nėra reikalo nerimauti, jog kai kurie žmonės turi jachtas, o kiti neturi nė paprastos valties, arba kad kai kurie geriau nei kiti geba įtikinti savo tiesa politikoje, arba kad kai kurie laimi prizus ir pelno meilę, o kiti neturi nei to, nei to.

Tai rami ir simpatiška socialinio teisingumo vizija: ji žada visuomenę, sugyvenančią su savo tradicijomis, be nuolatinių įtampų, gretinimų, pavydo ir disciplinavimo, būdingų „paprastai" lygybei. Piliečiai harmoningai gyvena drauge, tačiau nė vienas neturi lygiai tiek turto ar išsilavinimo, ar galimybių, kiek jų turi kuris nors kitas, nes kiekvienas supranta, jog jis gavo tai, ko teisingumas reikalauja kiekvienoje sferoje, ir nemano, kad jo savigarba ar padėtis bendruomenėje priklauso nuo kokio nors bendro jo bendros situacijos palyginimo su kitų bendra situacija. Deja, Walzeris nepasiūlo jokio išsamaus nusakymo, koks tokioje visuomenėje būtų gyvenimas, kas ir kokią jo aptariamų įvairių tipų išteklių dalį turėtų. Vietoj to jis pateikia anekdotinių ir istorinių pavyzdžių, iliustruojančių, kaip skirtingos visuomenės, įskaitant mūsiškę, plėtojo skirtingus paskirstymo principus, taikytinus skirtingoms sferoms.

Jo tikslas pateikiant šiuo pavyzdžius yra ne tik praktinis. Jis viliasi palaužti formalaus stiliaus autoritetą, pastaruoju metu laikiusį savo gniaužtuose anglų ir amerikiečių politinę filosofiją. Tokie filosofai mėgina rasti kokią nors daug apimančią formulę, kurią būtų galima naudoti socialiniam teisingumui matuoti bet kokioje visuomenėje, taigi kuri gali tarnauti kaip testas, o ne tik kaip mūsiškių socialinių organizmų aiškinimas. Johnas Rawlsas, pavyzdžiui, aiškina, kad jokia to, ką jis vadina „pirmiausiomis gėrybėmis", nelygybė nėra pateisinama, jeigu ji negerina bendros padėties tos klasės žmonių, kurių padėtis yra blogiausia, ir ši formulė nekreipia dėmesio į tai, iš kurios iš Walzerio sferų tokios gėrybės yra imamos. Utilitaristai tvirtina, priešingai, jog ta socialinė tvarka, kuri produkuos didžiausią ilgalaikę laimę didžiausiam skaičiui žmonių, yra teisinga, o šitai reiškia, kad teisingumas galėtų pagrįstai rekomenduoti pažeisti vieną iš Walzerio sferų, pavyzdžiui, parduodant politinius postus aukcione,

nors mūsų konvencijos tai smerkia. „Paprasti" egalitaristai sako, jog teisingumas yra tuomet, kai kiekvienas turi vienodus išteklius, turint omenyje visus aspektus, o tai galėtų implikuoti apdovanojimų ir garbės simbolių atsisakymą, bet „libertarai" teigia, kad teisingumas yra tuomet, kai galima įsigyti tai, ką kiti teisėtai turi kaip nuosavybę ir yra nusiteikę parduoti, ar tai būtų grūdai, ar darbo jėga, ar seksas.

Tokios kaip ši teorijos ignoruoja gėrybių, kurias jos mėgina paskirstyti, socialines reikšmes. Todėl jos neišvengiamai bus formalistiškos, neistoriškos, bet svarbiausia – abstrakčios. Mes galime jas tikrinti tik kliaudamiesi savo privačiomis „intuicijomis", kas būtų teisinga vienokiomis ar kitokiomis aplinkybėmis, o ne klausdami, kokios jos atrodytų mūsiškės bendruomenės narių daugumai, ir jas argumentuoti galime tik pasitelkdami labai dirbtinus pavyzdžius, pritaikytus sukurti kokį nors ryškų kontrastą tarp izoliuotų abstrakčių principų. Tokios teorijos atrodo artimesnės matematikai nei politikai.

Walzeris mums parodo, kad politinė analizė gali būti kitokia ir daug konkretesnė. Jo istoriniai pavyzdžiai yra dažnai patraukiantys, ir tai, kartu su jo aiškia proza, daro jo knygą malonią skaityti. Pavyzdžiai taikliai komentuojami kaip iliustracijos būdingųjų kiekvienos iš jo išskirtų teisingumo sferų ypatybių, parodomas tam tikrų temų, susijusių su socialinėmis reikšmėmis, kurias žmonės suteikia savo patirtims, pastovumas, derantis su įvairove. Graikai rengdavo nemokamus viešuosius vaidinimus, nes tai suprato kaip socialinę reikmę, bet nuostatos vargšų atžvilgiu tuomet buvo užuomazgos stadijos; viduriniai amžiai suteikė gerovę sielai, bet ne kūnui. Ankstesnės bendruomenės kiekvienam skirdavo atostogų, kurios garantavo viešąjį gyvenimą; mes perėjome prie poilsio, kurio socialinę reikšmę sudaro privati įvairovė ir privatus pasirinkimas. Kai kurie iš Walzerio pavyzdžių turi kitokią funkciją: jie iliustruoja pavojus, keliamus nesugebėjimo išsaugoti ribas tarp sferų. George'as Pullmanas, kuris išrado Pullmano automobilius, prie savo gamyklos pastatė miestelį ir mėgino valdyti savo samdinių gyvenimą, mat jam priklausė mašinos, prie kurių jie dirbo. Savo sėkmę rinkoje jis mėgino panaudoti tam, kad dominuotų kitas politikos ir pilietinio gyvenimo sferas, ir šitai

paaiškina, kodėl visuomenė ir teismai suturėjo jo ambicijas. Walzerio akiratis yra vertas pagarbos: mes kviečiami svarstyti Kinijos meritokratijas dinastijų valdžios laikais, kooperatyvinės atliekų surinkimo firmos San Franciske atvejį, *Kula* – dovanų mainų – praktiką tarp Trobriando salų gyventojų, ir lavinimą tarp actekų.

Nepaisant to, jo svarbiausias argumentas neįtikina. Kompleksinės lygybės idealas, kurį jis apibrėžia, yra nepasiekiamas, jis netgi nėra nuoseklus, ir knygoje yra labai nedaug to, kas galėtų būti pravartu mąstant apie dabartines teisingumo problemas. Jis liepia mums žvelgti į socialines konvencijas, kad atskleistume deramus paskirstymo principus, taikytinus tam tikroms gėrybėms, tačiau pats faktas, kad konkrečiais atvejais mes ginčijamės dėl to, ko reikalauja teisingumas, rodo, jog mes neturime jokių reikiamos rūšies konvencijų. Jungtinėse Valstijose medicinos mokslo tyrimus finansuojame per mokesčius ir dabar, po ilgų politinių kovų, suteikiame pagalbą pagal *Medicare* programą vyresnio amžiaus žmonėms bei vykdome *Medicaid* programą, skirtą skurdžiai gyvenantiems žmonėms, nors pastaroji parama išlieka labai kontroversiška. Walzeris mano, jog šios programos demonstruoja, kad mūsų bendruomenė medicinos priežiūrą priskiria tam tikrai sferai – poreikių, kuriuos valstybė privalo patenkinti, sferai. Tačiau nuogas faktas yra tas, kad vargšams mes nesuteikiame medicinos priežiūros, net ir bent kiek panašios į tą, kokią gali sau parūpinti viduriniosios klasės, ir šito neabejotinai taip pat reikia paisyti sprendžiant, kokia yra medicinos „socialinė reikšmė" mūsų visuomenei. Net tie, kurie sutinka, jog tam tikra medicininė priežiūra privalo būti suteikiama kiekvienam, nesutaria dėl ribų. Ar į socialinę medicinos reikšmę įeina tai, kad paciento pageidaujama operacija turi būti nemokama? Kad žmonėms „būtini" širdies transplantai?

Mūsų politiniai argumentai beveik niekuomet neprasideda kokia nors mums bendra reikiamo principų paskirstymo samprata. Kiekvienas svarbus klausimas yra varžybos tarp konkuruojančių modelių. Taip pat mes nesutinkame ir su tuo, kad viskas, ką manome esant vertinga, turi būti išskirtinai vienos paskirstymo logikos dalykas: jeigu pripažįstame teisingumo sferas, tai pripažįstame ir sąveikos tarp

jų būtinybę. Pavyzdžiui, pagrindinis būdas, kuriuo turtas daro įtaką politikai, – ne balsų pirkimas, o televizijos laiko įsigijimas. Tie, kurie pasisako už rinkimų kampanijų išlaidų ribojimą, sako, jog postai neturėtų būti įsigyjami už pinigus. Tačiau jų oponentai atkerta, kad tokie apribojimai pažeistų teises į nuosavybę, ne tik į žodžio laisvę, taigi šis klausimas nepriklauso jokiai fiksuotai teisingumo sferai, o veikiau yra derėjimosi ir kompromiso dalykas, dėl kurio nepaliaujamai diskutuojama.

Walzerio atliepis į šiuos akivaizdžius faktus dėl politinio argumentavimo rodo, kokia silpna yra jo pozityvi teisingumo teorija: „Tam tikra visuomenė yra teisinga, jeigu jos konkretus gyvenimas yra gyvenamas tam tikru būdu – t. y. būdu, saugančiu ištikimybę nariams bendroms sampratoms. (Kai žmonės nesutaria dėl socialinių gėrybių reikšmės, kai sampratos yra kontroversiškos, teisingumas reikalauja, kad visuomenė būtų atvira tiems nesutarimams, suteikdama institucinius kanalus jų raiškai, ginčų sprendimo mechanizmus ir numatydama alternatyvius paskirstymus.)“

Šis pasažas patvirtina gilų Walzerio reliatyvizmą dėl teisingumo. Jis sako, pavyzdžiui, jog kastų sistema yra teisinga visuomenėje, kurios tradicijos ją pripažįsta, ir kad tokioje visuomenėje būtų neteisinga gėrybes ir kitus išteklius paskirstyti po lygiai. Tačiau jo pastabos apie tai, ko reikalauja teisingumas visuomenėje, kurios nariai nesutaria dėl teisingumo, yra mįslingos. Ar „alternatyvūs paskirstymai“ reiškia, kad medicininė priežiūra skurstantiesiems kai kuriuose miestuose turi būti teikiama, o kituose – ne? Kaip visuomenė, kuri privalo apsispręsti, ar leisti politinio veiksmo komitetams finansuoti rinkimų kampanijas, gali iš tikrųjų būti „atvira“ nesutarimui dėl rinkimų ir viešo politinio kalbėjimo socialinės reikšmės? Ką reikštų „būti atvira“?

Jeigu teisingumas tėra visuotinių sampratų laikymosi dalykas, tai kaip šalys gali diskutuoti apie teisingumą, kai nesama bendro supratimo? Tokioje situacijoje, pagal Walzerio reliatyvistinį aiškinimą, joks teisingas sprendimas yra *neįmanomas,* o politika tegali būti savanaudiška kova. Ką gali reikšti net ir sakyti, kad žmonės nesutaria dėl

socialinių reikšmių? Nesutarimo faktas rodo, jog nesama visuotinės socialinės reikšmės, dėl kurios būtų galima nesutarti. Walzeris neapgalvojo visų savo reliatyvizmo implikacijų tokiai visuomenei kaip mūsų, kurioje dėl teisingumo yra be paliovos ginčijamasi ir debatuojama.

Kodėl Walzeris nepripažįsta, jog jo teorija tokioje visuomenėje turi būti nesvarbi? Tiesa, jis svarsto kai kuriuos iš šiandien aktualių politinių klausimų kiek detaliau, ir šie svarstymai siūlo paaiškinimą. Jis neturi savo pozicijos kai kuriais iš klausimų, kuriuos jis nusako, o kai visgi išreiškia savo paties nuomonę, neretai nepateikia visiškai jokių ją pagrindžiančių argumentų. Tačiau kai jis vis dėlto argumentuoja savo paties pažiūras, mėgindamas parodyti, kaip šios kyla iš bendros kompleksinės lygybės schemos, jis atskleidžia, jog iš tikrųjų jis remiasi slapta ir mįslinga prielaida, kuri neturi jokio vaidmens jo formaliose tos schemos formuluotėse, tačiau padeda paaiškinti, kodėl jis mano, jog ji gali duoti praktinį patarimą žmonėms mūsų aplinkybėmis.

Kokia yra ši prielaida? Jis tyliai sutinka, jog esama tik riboto teisingumo sferų skaičiaus, kurių esminiai principai yra nustatyti iš anksto, todėl turi likti tokie patys visoms visuomenėms. Jis taip pat daro prielaidą, jog nors bet kokia konkreti bendruomenė yra laisva apsispręsti, ar tam tikrą ištekliaus tipą priskirti vienai, ar kitai iš šių fiksuotų sferų, išplėtodama deramas konvencijas, ji tai turi daryti pagal principą „viskas arba nieko“. Ji negali sukonstruoti naujų paskirstymo modelių, turinčių elementų, paimtų iš skirtingų sferų. Taigi, jeigu bendruomenė pripažįsta mediciną žmonių reikme arba įsteigia politinius postus, arba išplėtoja specializuoto aukštojo mokslo institucijas, arba kokią nors žmonių grupę pripažįsta piliečiais, ji šitaip įsipareigoja kiekvienam socialinės gerovės ar dorybės, ar išsilavinimo, ar pilietinio gyvenimo sferų bruožui, kaip šias supranta Walzeris. Kastų sistema nėra savaime neteisinga, tačiau jeigu ji išplėtoja oficialią valstybės tarnautojų biurokratiją, ji negali postų toje biurokratinėje sistemoje rezervuoti išskirtinai aukštesniosioms kastoms, nes biurokratijos samprata priklauso, anot Walzerio, savo atskirai sferai – dorybės sferai. Kapitalistinė visuomenė, sako jis, gali, visiškai

nenusižengdama teisingumui, medicinos priežiūrą palikti vien tik rinkos nuožiūrai. Arba (galbūt) ji gali reikmių sferai priskirti tik fiksuotą, minimalų priežiūros lygį. Tačiau „kol bendruomenės lėšos yra leidžiamos ... finansuoti moksliniams tyrimams, statyti ligoninėms ir mokėti atlyginimams privačia praktika besiverčiantiems gydytojams, paslaugos, kurias šios išlaidos garantuoja, privalo būti vienodai prieinamos visiems piliečiams", ir tuomet nesama „jokio pagrindo gerbti daktaro laisvę rinkoje".

Kai slapta prielaida – jog bendruomenė turi pripažinti iš anksto nustatytą sferą pagal principą „viskas arba nieko" – išviešinama, šių argumentų klaidingumas tampa akivaizdus. Mes negalime tiesiog iš anksto pašalinti galimybės, jog nors teisingumas iš valstybės reikalauja įsikišti į medicinos paslaugų rinką tam, kad būtų užtikrinta, jog skurdžiai gyvenatys žmonės gautų bent kokią priežiūrą, jis nereikalauja, kad vargšams būtų suteikta tokia pati medicinos priežiūra, kokią pajėgūs nusipirkti turtingi žmonės. Walzeris laikosi priešingo požiūrio – jog teisingumas reikalauja visapusiško nacionalinės sveikatos apsaugos sektoriaus. Tai mums gali atrodyti patrauklu, tačiau mums reikia argumento tam pagrįsti, ir tiesiog konstruoti idealią sferą ir vadinti ją reikmių sfera nėra joks argumentas. Šis momentas yra lemiamas, nes galimas dalykas, kad bet koks tikras argumentas nacionaliniam sveikatos paslaugų sektoriui apginti prieštarautų Walzerio reliatyvizmui. Jis galėtų parodyti, jog turtinga visuomenė, paliekanti medicinos priežiūrą vien tik rinkai, nebūtų teisinga visuomenė, kaip jis mano, o būtų iš tiesų dar neteisingesnė nei visuomenė, tokia kaip mūsų, kuri suteikia tam tikrą, bet nepakankamą nemokamą medicinos priežiūrą.

Fiksuotų, iš anksto apibrėžtų sferų idėja Walzeris dar labiau remiasi aptardamas universitetų priėmimo programas, kurios teikia tam tikrą pirmenybę mažumai atstovaujantiems stojantiesiems. „Mūsų kultūroje, – sako jis, – karjeros galimybės turi būti atviros talentams", ir „kaip negalėtume taikyti prevencinio sulaikymo sistemos, nepažeisdami nekaltų žmonių teisių, net jei teisingai įvertintume sistemos kaip visumos kainą ir naudą, taip pat negalime taikyti ir kvotų sistemos,

nepažeisdami kandidatų teisių." Jis, be abejo, žino, jog daugelis žmonių „mūsų kultūroje" nemano, jog pritariamojo veiksmo programos, kurias jis turi galvoje, pažeidžia kandidatų teises. Jie atmeta analogiją su nekalto nubaudimu. Jie neigia, kad esama kokio nors kanoninio iš anksto nustatytų savybių komplekso ir kad žmonės turi teisę būti priimti į medicinos mokyklas vien tik dėl šių savybių, kad ir kokių ypatingų poreikių, susijusių su gydytojais, galėtų turėti visuomenė arba kokiems didesniems poreikiams galėtų būti pasitarnauta per profesinį lavinimą. Walzeris, priešingai, mano, kad tam tikra talento koncepcija yra automatiškai priskiriama tam tikroms universiteto vietoms ar profesinėms pareigoms, kad ir kaip fundamentaliai bendruomenė yra susiskaldžiusi šiuo klausimu. Todėl jis sako, jog bet kokia rasinė preferencija korumpuoja vieną iš sferų, kurias jis sukonstravo – „pareigybių" sferą – tam, kad pasitarnautų gerovės sferai, ir mano, jog jam nereikia geresnio argumento nei šitai. Jis yra pakerėtas savo paties platoniškųjų sferų muzikos.

Tačiau Walzerio kompleksiškos lygybės idėjos kritika čia neturi baigtis, nes jo teorija yra ne tik nepravarti, bet galiausiai ir nenuosekli. Ji ignoruoja „socialinę reikšmę" tradicijos, daug fundamentalesnės nei atskiros tradicijos, kurias jis iš mūsų reikalauja gerbti. Mat neatskiriamas mūsų bendro politinio gyvenimo elementas – jei tokio išvis esama – yra tai, jog teisingumas yra mūsų kritikas, o ne mūsų veidrodis, jog bet koks sprendimas dėl bet kokios gėrybės paskirstymo – turto, socialinės paramos, garbės vardų, edukacijos, pripažinimo, pareigybių – gali būti iš naujo peržiūrimas, kad ir kokios tvirtos tradicijos būtų tuo atveju ginčijamos, jog apie bet kokią nusistovėjusią institucinę schemą visuomet galime paklausti, ar ji teisinga. Walzerio reliatyvizmas pamina ištikimybę unikaliai ir pačiai svarbiausiai praktikai, kokią turime: rūpesčio dėl to, kas iš tiesų yra teisingumas, praktiką.

Taigi teorija, kuri teisingumą sieja su konvencijomis, nebūtų priimtina, net jeigu ji būtų mūsų atveju įmanoma. Walzeris kartais atrodo daręs prielaidą, jog vienintelė alternatyva yra „paprasta" lygybė, – kurią jis atmeta, – reikalaujanti, kad kiekvienas turėtų lygiai tokią

pačią visų gėrybių dalį. Tačiau niekas negina tokio argumento: niekas neužsimena, jog bausmės ar Nobelio premijos turėtų būti skirstomos burtų keliu. Nedaugelis egalitaristų pripažintų net ir paprastą lygybę pajamų ar turto atžvilgiu. Bet kokia apginti galima lygybės versija turi būti daug subtilesnė; ji turi numatyti nelygumus, kuriuos galima kildinti iš žmonių priimtų sprendimų dėl darbo, dėl to, kokios rizikos imtis, kokį gyvenimą gyventi.[107]

Tačiau bet kokią tos rūšies teisingumo teoriją turime argumentuoti, rasdami ir apgindami prideramus bendrus kritinius principus. Taigi Walzerio knyga, visiškai nepaisydama savo autoriaus intencijų, teikia ginamuosius argumentus už tą filosofijos stilių, kurį jis nori uždrausti. Jo nesėkmė patvirtina instinktą, kuris veda filosofus prie jų formulių ir dirbtinių pavyzdžių bei asmeninių intuicijų. Gal šia kryptimi nuėjome per toli. Matematinės pirmenybių funkcijos, įsivaizduojamos socialinės sutartys ir kiti moderniosios politinės teorijos reikmenys kartais daro mus aklus toms subtilioms perskyroms, kurias Walzeris išpeša iš istorijos. Politikos filosofai, apmąstydami jo istorines analizes – konkrečiai jo pavyzdžius, kaip įvairios visuomenės suvokė labai skirtingus išteklius kaip reikmes – kūrybiškiau pažvelgs į socialinio organizavimo galimybes mūsiškėje visuomenėje.

Tačiau galiausiai politinė teorija negali niekaip kitaip prisidėti prie to, kaip mes tvarkomės, kaip tik dėdama visas pastangas – prieš visus impulsus, kurie traukia mus atgal prie mūsiškės kultūros, – bendrumo ir kokio nors reflektyvaus pamato link, pamato nuspręsti, kurie iš mūsų tradicinių perskyrų ir atribojimų yra teisingi, o kurie netikę, kurie prisideda prie tų idealų klestėjimo, kurių mes apmąstę norime laikytis, o kurie reikalingi tik tam, kad apsaugotų mus nuo asmeninių nuostolių tame daug reikalaujančiame procese. Mes negalime palikti teisingumo konvencijai ir anekdotui.

11. Ar liberali valstybė gali remti meną?*

Šios esė tema – menas ir humanitarinė kultūra, ir tai, kokiu mastu visuomenė turėtų juos remti, kad užtikrintų jų aukščiausią kokybę ir našumą. Šiuo klausimu žmonės diskutuoja be paliovos, ir diskusija visuomet prasideda priešpriešinant du analizės metodus: ekonominę ir elitinę pažiūras į šį dalyką.

Ekonominis požiūris – pasitelkiu išties platų apibrėžimą – remiasi prielaida, kad bendruomenė turėtų turėti tokio pobūdžio ir kokybės meną, kokį ji nori pirkti ta kaina, kuri yra neišvengiama norint užtikrinti tą kokybę. Tuo tarpu elitinis požiūris nepaiso, ko žmonės mano norį; vietoj to jis telkia dėmesį į tai, ką žmonėms gerai turėti. Jis tvirtina, jog menas ir kultūra turi pasiekti tam tikrą meistriškumo, turtingumo ir kokybės lygį, kad žmogaus prigimtis turėtų visas sąlygas skleistis, ir kad valstybė privalo sudaryti sąlygas šiai kokybei, jeigu šito žmonės nesusikurs ar negali susikurti patys.

Paprastai manoma, jog šie du požiūriai yra priešingi, ne tik skirtingi, nes iš pirmo žvilgsnio atrodo, kad ekonominis požiūris rekomenduotų arba visai neskirti valstybės paramos menams, arba jos skirti labai mažai. Argumentas plėtojamas taip. *Rinka* yra efektyviausias instrumentas nuspręsti, kiek ir kokios rūšies kultūros žmonės nori už būtiną kainą. Ar žmonės stebėtų Aristotelį, kontempliuojantį Homerą, jeigu jie turėtų susimokėti visą kainą už šią galimybę, įskaitant muziejaus išlaikymo, to paveikslo pirkimo iš užsienyje gyvenančių

* Pastaba. Ši esė buvo parengta konferencijai viešojo menų rėmimo tema, surengtai Metropoliteno muziejaus ir Kolumbijos universiteto lėšomis ir vykusiai Metropoliteno meno muziejuje Niujorke 1984 m. balandį.

savininkų, jo apdraudimo ir apsaugos kainos dalį, taip pat žemės, kur stovi muziejus, nuosavybės mokesčius? Yra tik vienas būdas šitai sužinoti. Reikia leisti muziejui nustatyti tokią bilieto kainą, kurią sudaro visos tos išlaidos; tuomet ir pamatysime, ar muziejus buvo teisus manydamas, jog būtent šito išties labai reikia pakankamam skaičiui žmonių. Jeigu menas paliekamas rinkai šiuo būdu, – o tas pat galioja ir universitetams, siūlantiems humanitarinių mokslų kursus, – tai visuomenė automatiškai turės būtent tokį meną, kurio ji iš tiesų nori tokia kaina, kokią yra nusiteikusi mokėti. Tačiau jeigu prie šio paveikslo prisideda valstybės parama – jeigu viešasis iždas subsidijuoja dalį tikrosios kainos tos erdvės, kurioje eksponuojamas Rembrandtas, ir dėl to muziejaus bilieto kaina neatspindi tikros kainos – tai šitai reiškia, jog visuomenė kaip visuma išleidžia daugiau lėšų menui, negu ji nori išleisti, sąskaita to, ką tomis lėšomis būtų buvę galima suteikti priešingu atveju. Tad ekonominis požiūris atrodo pašalinąs viešojo subsidijavimo galimybę kone pagal apibrėžimą.

Elitinis požiūris atrodo kur kas daugiau žadantis kelias iš visų galimų, jeigu mes pradedame, kaip daugelis iš mūsų daro, norėdami kaip nors pateisinti dosnią valstybės paramą. Nuspręsti, kiek kolektyviai išleisti menui, mes turėtume klausdami, kiek būtina mūsų kultūrą padaryti kokybišką. Tuo tarpu ekonominis požiūris atrodo pernelyg žemiškas, kone miesčioniškas.

Tačiau prieš pasirinkdami elitinį požiūrį, turime bent jau stabtelėti, kad pažymėtume jo ydas. Pirma, patirtis moko, jog tie, kurie gautų daugiausia naudos iš subsidijų universitetams, muziejams ir kitoms kultūros institucijoms, yra, apskritai imant, žmonės, kurių padėtis jau ir šiaip yra labai gera, nes jie yra išlavinti, kaip vartoti meną ir juo mėgautis. Atrodo neteisinga, prisidengus kokio nors žmogiškojo klestėjimo idealu, teikti tolesnę ir specialią paramą tiems, kurie jau ir šiaip klesti labiau už daugumą. Ar nebūtų geriau nukreipti lėšas iš turtingų muziejų į skurdžias klinikas ir subsidijuojamą medicinos priežiūrą? Antra, elitinis požiūris atrodo pasipūtusiai paternalistinis. Ortodoksinis liberalizmas skelbia, kad jokia valdžia neturėtų remtis – teisindama savo viešųjų lėšų naudojimą – prielaida,

jog kuris nors gyvenimo būdas yra vertesnis už kitą, jog yra vertingiau žiūrėti į Titiano paveikslus, kabančius ant sienos, nei žiūrėti futbolo rungtynes per televizorių. Gal ir vertingiau žiūrėti į Titiano paveikslus; tačiau ne čia esmė. Daugiau žmonių nesutinka su šiuo sprendiniu, nei su juo sutinka, todėl turi būti neteisinga, jei valstybė, kuri turi būti demokratinė, savo mokesčių rinkimo ir policijos galios monopolį naudoja diegti sprendiniams, kuriuos pripažįsta tik mažuma.

Šie keblumai, keliami elitinio požiūrio, kreipia mus atgal prie ekonominio požiūrio, kad šį kartą išnagrinėtume jį labiau įsijautę ir atidžiau. Gal jis vis dėlto gali bent kiek pagelbėti dėl valstybės paramos menams. Aš sakiau, kad ekonominis požiūris turi atmesti subsidijavimą, nes tik rinka, nesuteršta subsidijavimo, gali atskleisti tikrąsias visuomenės preferencijas, kaip turėtų būti leidžiamos jos lėšos. Tačiau tai buvo supaprastinimas: sąsajos tarp rinkos kainų ir tikrųjų žmonių preferencijų ne visuomet yra tokios glaudžios. Kiek kas nors yra nusiteikęs ir pajėgus išleisti kokiam nors dalykui, priklauso nuo to, kiek jis iš viso turi išleisti pinigų. Jeigu bendruomenėje turtas yra labai nelygiai pasiskirstęs, tai faktas, kad turtingas žmogus perka ikrus, o skurdus žmogus negali sau leisti duonos, nereiškia, jog bendruomenė kaip visuma ikrus vertina labiau negu duoną. Dėl šios priežasties rinkos kainos ir paskirstymas ne visada bus teisingas matas nustatyti, ko bendruomenė kaip visuma iš tiesų nori.

Aš šitai perteikiu tik kaip gana taiklų mano pradinės ištaros apie rinką patikslinimą; deja, jis nė kiek negelbsti naudojant ekonominį požiūrį pateisinti menų subsidijoms. Jis gali suteikti argumentą subsidijavimui – pavyzdžiui, duonos subsidijavimui – tik jeigu tie, kurie stokoja to, ką reikia subsidijuoti, gyvena reliatyviai skurdžiai. Tačiau šitai negalioja (ar bent jau taip atrodo) tiems, kurie negalėtų sau leisti eiti į operą, jeigu opera nebūtų subsidijuojama, tačiau galėtų ją sau leisti ir eitų, jeigu ji būtų subsidijuojama. Jie priklauso daugiausiai viduriniosioms klasėms; išties tai buvo vieno iš mano pradinių prieštaravimų elitiniam požiūriui pamatas.

Tačiau esama kito gerai žinomo patikslinimo, taikomo teiginiui, jog rinka yra teisingas kriterijus nustatyti, ko nori bendruomenė už

tuos pinigus, kuriuos ji gali išleisti. Šis patikslinimas yra kur kas daugiau žadantis, mat jis gali paremti argumentą, jog menas ir humanitarinė kultūra, deramai suprantant, yra tai, ką ekonomistai vadina „viešosiomis gėrybėmis", todėl jie turi būti remiami iš viešojo iždo, o ne vien tik iš privačių piniginių.

Viešosios gėrybės yra tos gėrybės, kurių produkcijos negalima palikti rinkai, jei norima efektyviai užtikrinti jų buvimą, nes neįmanoma (arba labai sunku ar brangu) nušalinti tuos, kurie nieko nemokėdami gauna naudos, taigi parazituoja. Žmonės neturi paskatos mokėti už tai, ką jie gaus ir šiaip, jei tai perka kiti. Dažnas ir pravartus pavyzdys yra karinė gynyba. Tarkime, kad kariuomenė gali būti suburta tik privačių individų laisva valia. Jeigu aš manau, jog mano kaimynai drauge nusamdys armiją, pakankamai didelę, kad būtų atmuštas priešo įsiveržimas, tai aš neturiu paskatos mokėti savo dalį, nes jie negali manęs nušalinti nuo naudojimosi gėrybe, kurią jie įsigyja. Nesama galimybės, kad jų armija galėtų saugoti juos, nesaugodama sykiu ir manęs. Kitas pavyzdys – aplinkosaugos nauda. Jeigu mano kaimynai išleidžia pakankamai lėšų, kad oras, kuriuo jie kvėpuoja, būtų švarus, jie sykiu užtikrins ir oro, kuriuo kvėpuoju aš, švarą; jie negali nušalinti manęs nuo naudojimosi ta gėrybe, jeigu aš nesumokėjau savo dalies. Taigi nors galėčiau degti noru sumokėti savąją teisingą kariuomenės arba švaraus oro kainos dalį, jeigu tai būtų būtina, kad turėčiau šias gėrybes, vis vien turiu stiprų motyvą nemokėti savosios dalies, vildamasis, kad kiti nusamdys kariuomenę ar užtikrins oro švarą. Tačiau kadangi kiekvienas kitas turės tą patį motyvą, esama realaus pavojaus, kad mes kolektyviai neišleisime tos sumos, kurią būtume nusiteikę išleisti, jeigu kiekvienas galvotume tai esant būtina; taigi galų gale – ir klaidingai – neišleisime to, ką mes kolektyviai norime išleisti.

Šiomis aplinkybėmis, anot tradicinės ekonominės teorijos, geriausia koreguojamoji priemonė valstybės požiūriu yra apskaičiuoti, kokią sumą visuomenė būtų nusiteikusi išleisti, jeigu reikėtų, ir išleisti būtent tokią sumą, surinktą per mokesčius, kuriuos mokėti iš visuomenės reikalauja įstatymas. Reikia atkreipti dėmesį į tai, kad elitinis

požiūris nevaidina jokio vaidmens šios rūšies argumente, ginančiame valstybės paramą. Čia nedaroma prielaida, jog žmonės turi turėti karinę apsaugą arba švarų orą, nori jie to ar ne; tačiau esama kaip tik visai kitokios prielaidos – jog jie to tikrai nori ta kaina, kuri tai užtikrins, tad valstybės įsikišimas tėra taktinis techninės problemos sprendimas.

Tokia analizė remiasi prielaida, kad visuomenės pareigūnai gali žinoti – ar bent jau turi gerbtiną nuomonę apie tai – kiek pinigų žmonės išleistų kolektyviai, jeigu reikėtų. Ekonomistai laužė galvą ne tik dėl to, kaip valstybė galėtų sužinoti šią informaciją, bet ir dėl fundamentalesnio dalyko: ką būtent reiškia pasakymas apie asmenį, jog jis mokėtų tam tikrą kainą už kokį nors dalyką esant aplinkybėms, kurios iš tikrųjų niekada nesusiklosto. Jie pasiūlė įvairių teorijų, kaip šitai derėtų suprasti, ir teorijų, kaip valstybė galėtų susidaryti kokią nors nuovoką, kokia yra ta hipotetinė kaina. Visos šios teorijos yra sudėtingos, o kai kurios iš jų – išradingos. Tačiau svarbus momentas čia yra tas, kad viešųjų gėrybių samprata besiremiančio požiūrio pravartumas priklauso nuo to, ar įmanomas pakankamai įtaigus instrumentas nuspręsti, kokią sumą visuomenė iš tikrųjų nori sumokėti už tai, ko rinka dėl techninių priežasčių negali duoti.

Tam tikros kultūrinės patirtys, kaip antai galimybė klausytis tam tikro konkrečios operos atlikimo, nėra viešosios gėrybės, nes yra lengva nušalinti tuos, kurie už jį nemokės. Tačiau viešųjų gėrybių problema gali iškilti iš dalies ar sumišusi su kitomis, kai privačios transakcijos turi „išsiliejimo per kraštus" efektų, kuriuos kiti vertina ir nuo kurių teikiamos naudos jie negali būti nušalinti. Imkime skiepų atvejį. Jeigu kas nors sumoka tą kainą, kurią reikia sumokėti norint būti paskiepytam, jis užsitikrina ypatingą apsaugą, kuria negali pasinaudoti tie, kurie už ją nemoka; tačiau jeigu paskiepijama pakankamai daug žmonių, tai net tie, kurie patys nėra paskiepyti, gaus naudos, kad ir mažesniu laipsniu, nes susirgimo rizika bus mažesnė ir jiems. Ši „parazitavimo" problema taip pat gali duoti iškreiptą rezultatą, jeigu gamyba būtų palikta rinkai, – jog visuomenė neturės to, ko ji nori, už tą kainą, kurią ji būtų nusiteikusi mokėti. Pakankamai

didelis skaičius žmonių galėtų nuspręsti nepirkti skiepų, vildamiesi gauti nemažai naudos ir šiaip, ir dėl to suminė apsauga nusmuktų žemiau to lygio, kokio bendruomenė kaip visuma iš tiesų nori. Ir vėl: valstybinė parama skiepams, viena ar kita forma, užuot palikus skiepų reikalą rinkai, tuo pagrindu būtų pateisinama kaip visiškai suderinama su ekonominiu požiūriu į šį dalyką.

Galbūt meną dera suvokti kaip bent jau mišrų viešąjį gėrį, tokį kaip skiepijimas, ir remiantis tuo pagrindu kokia nors valstybės subsidija turėtų būti pateisinama. Ši galima aplinkybė paremta prielaida, jog kai kuriems žmonėms perkant meną ir kultūrą – perkant knygas ar lankantis muziejuose, kur reikia pirkti bilietą, ar klausantis koncertų, ar studijuojant universitetuose, – kiti žmonės, kurie nėra tokių renginių dalyviai, gauna naudos reikšmingu mastu. Akivaizdu, kad ši galimybė yra tam tikru mastu pateisinama, tačiau šios prielaidos priklauso nuo parazitiškos naudos pobūdžio ir reikšmingumo. Kaip susitarimai kultūros sferoje išeina į naudą tiems, kurie nėra jų šalys? Šiam klausimui skirta nemažai ekonominės literatūros. Didžioji jos dalis svarsto tą parazitiškos naudos rūšį, kurią galėtume pavadinti „išorine" nauda, nes ji – ne tokio paties estetinio ar intelektualinio pobūdžio kaip nauda, kurią gauna susitarimo šalys. Pavyzdžiui, niujorkiečiai, kurie niekuomet nesilanko Metropoliteno muziejuje, gauna finansinės naudos, kai į jų miestą aplankyti muziejų atvyksta turistai – ir pasilieka išleisti pinigų ir kitur. Šie niujorkiečiai gali gauti naudos kitu būdu: per pasididžiavimą, kurį jie gali jausti, kai jų bendruomenės kultūra yra giriama ir pripažįstama.

Tačiau aš šią literatūrą suprantu štai kaip: šios rūšies išorinė nauda, net plačiai apibrėžiant, nebus pakankamai didelė, kad remiantis vien šiuo motyvu būtų galima pateisinti bet kokį reikšmingą valstybės paramos lygį. Man taip pat atrodo, jog bet koks mėginimas pateisinti meną kaip viešąjį gėrį, apeliuojant į šią išorinę naudą, pažemina prielaidą, jog menas yra viešasis gėris. Pirminis šios prielaidos patrauklumas, manau, glūdi mūsų nuovokoje, jog menas yra svarbus savo bendru vaidmeniu bendruomenėje kaip visumoje, ne vien tiems, kurie įsitraukia į specialias komercines transakcijas, kad galėtų juo

mėgautis, – reikšme, kuri nėra išoriška estetinei ir intelektualinei patirčiai, o, priešingai, yra kaip tik tokio pobūdžio.

Nuovoka, kurią aš perteikiu, – jog menas ir kultūra turi vidinio naudingumo visuomenei kaip visumai, – remiasi prielaida, kuri yra gerai žinoma ir protinga: jog kultūra yra audinys be siūlių, jog aukštoji kultūra ir populiarioji kultūra nėra izoliuotos viena nuo kitos, bet daro abipusę įtaką viena kitai. Bendrąja kultūra aš vadinu ne tik populiarius romanus, pjeses ir muziką – nors ji apima ir juos. Aš turiu galvoje taip pat ištisą spektrą dikcijos, tropų ir stiliaus priemonių, esamų bendruomenėje, tais pavidalais, kuriuos regime kiekviename komunikacijos aspekte, pradedant viešųjų ir sporto įvykių pranešinėjimu ir rodymu per televiziją ir baigiant reklamos kampanijomis. Žodžiu, turiu galvoje bendrą intelektualinę aplinką, kurioje mes visi gyvename.

Aukštosios kultūros įtaka bendrajai ir populiariajai kultūrai atliepia priešingas įtakos vektorius; tačiau turime sutelkti dėmesį į įtaką, kurią pirmoji daro antrajai, ir pažymėti įvairias tos įtakos dimensijas. Aukštoji kultūra suteikia populiariajai kultūrai formą: tiek muzikinė komedija, tiek televizijos trileriai eksploatuoja žanrus, kurie pirmiausia išsirutuliojo operoje ir romane. Ji suteikia populiariai kultūrai referenciją: operatyvioji mūsų bendruomenės leksika yra kupina specifinių nuorodų į Oidipą, Hamletą, Carmen. (Pavyzdžiui, plaukų sukimo priemonių komplektas pavadinamas „Carmen“, dekoruojamas rože ir reklamuojamas per televiziją skambant Toreadoro arijai.) Kita vertus, aukštoji kultūra suteikia bendrajai kultūrai rezonansą. Specifiškos nuorodos, kaip antai nuoroda į Carmen, perteikia ne tik patogų idėjų kompleksą, kurias lengva sugestijuoti, bet ir kompleksą idėjų, vertingų būtent dėl to, kad jos yra identifikuojamos kaip priklausančios aukštajai kultūrai, taigi kaip turinčios ypatingą estetinę vertę.

Visa tai galima reziumuoti pažįstama fraze: „išsiliejimas per kraštus“. Tokia argumento, kuris galėtų baigtis valstybės paramos aukštajai kultūrai pateisinimu, pradžia atrodo įkvepianti. Kadangi aukštoji kultūra, kaip ir skiepai, teikia „išsiliejimo per kraštus“ naudą plačiajai

visuomenei, naudą, kurios efektai daugiausiai nesusiję su specifinėmis komercinėmis transakcijomis, kurios finansuoja tą kultūrą, valstybės parama yra būtina siekiant neleisti, kad bendruomenė turėtų mažiau, nei iš tikrųjų nori aukštosios kultūros dėl parazitiškos naudos problemos. Deja, šiame argumente esama rimtų defektų, kurie visi kartu jam – šia pirmine forma – yra lemtingi.

Pirmoji yra laiko atkarpos problema. Standartiniuose viešųjų gėrybių pavyzdžiuose, tokiuose kaip švaraus oro ir karinės gynybos, žmonės, kurie mokės už šias gėrybes per savo mokesčius, jeigu valstybė jas suteikia, yra daugiausiai tie patys žmonės, kurie naudosis tomis gėrybėmis. Tačiau jeigu valstybė remia aukštąją kultūrą, kad užtikrintų „išsiliejimo per kraštus" naudą bendrajai intelektualinei bendruomenės kaip visumos kultūrai, mes negalime būti užtikrinti, jog tie, kurie mokės tą kainą, atsirieks naudos, nes teigiamas efektas gali pasireikšti tik praėjus nemažam laiko tarpui, tad pagrindiniai naudos gavėjai priklausys skirtingoms mokesčių mokėtojų kartoms. Šis prieštaravimas pats savaime nebūtinai yra lemtingas mūsų argumentacijai. Jį galima atremti pasitelkus viešojo gėrio argumentą, skirtą pagrįsti ne vienkartinę valstybės paramą menui, už kurią moka tie, kurie nepatiria pagrindinės naudos, o tęstinio indėlio programą, kad būtų galima sakyti, jog kiekviena karta moka už naudą ateinančiai kartai ir kiekviena ir duos, ir gaus.

Tačiau antroji problema komplikuoja ir pirmąją. Tai neapibrėžtumo problema. Viešieji pareigūnai gali numatyti, galbūt pakankamai užtikrintai, kaip koks nors konkretus viešųjų išlaidų karinei gynybai lygis patobulins saugumą ir šitaip suteiks visuomenei tai, ko ji kolektyviai nori, ir kaip koks nors konkretus įrankis ar programa, skirta kovoti su tarša, paveiks oro, kuriuo žmonės kvėpuoja, kokybę. Tačiau nors mes žinome, jog sprendimas turėti daug daugiau didžiosios operos pasatymų arba didesnes Renesanso tapybos kolekcijas, arba daugiau aukštesnio lygio universiteto kursų iš klasikinės literatūros paveiks bendrą augančios kartos intelektualinį klimatą, mes neturime jokio būdo numatyti, net apytikriai, kokiais žanrais ar tropais, ar nuorodomis jis papildys tą klimatą. Tokia jau mainų tarp

aukštosios ir bendrosios kultūros prigimtis, kad tokie efektai priklauso nuo sprendinių, reakcijų ir procesų, kurie būtų beverčiai, – nes mechaniški, – jeigu juos būtų galima prognozuoti. Šis faktas fundamentaliai susilpnina mano pradinį viešojo gėrio samprata grindžiamą argumentą už valstybės paramą menams. Jeigu negalime numatyti, kokį poveikį viešoji programa turės žmonių gyvenimui ateityje, kaip mes galime pateisinti tą programą kaip padedančią suteikti jiems tai, ko jie iš tiesų nori?

Trečiasis sunkumas yra dar fundamentalesnis. Bet koks viešojo gėrio samprata grindžiamas argumentas reikalauja tam tikro laipsnio informuotumo apie tai, kokią sumą visuomenė bus nusiteikusi išleisti, kad užsitikrintų rūpimąją naudą. Konvenciškuose pavyzdžiuose – karinė gynyba ir grynas oras – ekonomistai susiduria su keblumais, projektuodami metodus šiai sumai identifikuoti, kai rinka neigiama kaip diktuojanti neteisingas kainas. Tačiau jie nestokoja ryžto ieškoti tokių metodų, nes jie daro prielaidą, – pakankamai logišką, – jog bendruomenė kaip visuma išties nori karinės apsaugos ir švaraus oro už *kokią nors* svarią kainą. Sunkumų kyla dėl tikslumo ir subtilumo. Panaši prielaida, reikalinga viešojo gėrio samprata besiremiančiam argumentui už meną, – jog bendruomenė nori tam tikro pobūdžio populiarios ar bendrosios kultūros, – yra ne tik problemiška: ji gali būti ir nenuosekli.

Intelektualinė bendruomenės kultūra daro tokią didelę įtaką jos narių preferencijoms ir vertybėms, kad klausimas, ar – ir kokiu mastu – jie atiduotų pirmenybę kitokiai kultūrai nei ta, kurią jie turi, tampa geriausiu atveju labai mįslingas. Aš galiu paaiškinti, kodėl, pradėdamas dramatišku ir mažai tikėtinu pavyzdžiu. Įsivaizduokite kokią nors kultūrinę tragediją, kurioje ištisi mums įprasti estetinės patirties tipai visiškai išnyksta: niekam nė mintis nekyla, pavyzdžiui, kombinuoti muziką ir dramą ta forma, kurią mes vadiname opera. Negalėtume sakyti, jog žmonės, gyvenantys toje kultūriškai nuskurdusioje būklėje, būtų tuo nepatenkinti. Juk jie galėtų ir nejausti operos poreikio ar neapgailestauti, kad jos neturi. Jų situacijos ypatybė, jų nuskurdusios kultūros aspektas, būtų tas, jog jie neturėtų gebėjimo

jausti nepasitenkinimą, ko nors ilgėtis ar dėl ko nors apgailestauti. Kokia tuomet prasmė sakyti, jog jeigu mes jiems neišsaugotume operos, mes jiems neleistume turėti to, ko jie nori?

Mes, be abejo, norėtume pasakyti, jog jie neturi tam tikro dalyko, kad jų gyvenimas tam tikru atžvilgiu yra skurdesnis, palyginti su mūsų. Tačiau tai visai kas kita. Tai ne jų pačių teikiamas savo gyvenimo vertinimas, – o būtent jo reikalauja ekonominė pažiūra apskritai ir konkrečiai argumentas, besiremiantis viešųjų gėrybių samprata, – o *mūsų* sprendinys apie jų gyvenimą. Galbūt norėtume pasakyti: jeigu jie žinotų, ko jie neturi, jaustų to dalyko poreikį. Tačiau taip sakyti – reiškia teigti, jog jeigu jie to norėtų, tai jie to norėtų – o tai kad ir teisinga, bet negelbsti. Kas nors gali pasakyti: jie bet kuriuo atveju norėtų malonumo, o daugiau malonumo jie turėtų, jeigu turėtų operą. Tačiau šitai nepadės. Atidėkime į šalį keblų klausimą, ar visuomet (arba ar kada nors) teisinga sakyti, jog žmonės nori malonumo. Atidėkime į šalį klausimą, ar malonumą galime matuoti tuo būdu, kurį siūlo ši prielaida. Kaip mes galime sakyti, jog žmonės, kurių kultūra plėtojosi be operos ir dėl to yra kitokia nei mūsų nesuskaičiuojamais kitais atžvilgiais, turėtų mažiau malonumo iš to, ką jų kultūra pajėgi suteikti, nei turime mes iš mūsiškės? Mes, kurie turime operos patirtį, ja mėgaujamės – ar bent kai kurie iš mūsų mėgaujasi, – ir mums būtų skaudu, jei staiga jos neliktų. Tačiau šitaip yra dėl to, kad mūsų kultūros struktūra šią implikaciją turi žmonėms, visiškai įnikusiems į ją, ir mes negalime daryti jokių išvadų apie malonumo patirtis tų žmonių, kurių kultūra yra visiškai kitokia. Operos pomėgis šia prasme yra nepanašus į kokią nors neapdorotą žaliavą – naftą, – be kurios galėtų tekti verstis ateities kartoms. Jeigu mes tariame, jog jų norai yra maždaug tokie kaip mūsų – jie nori šilumos, šviesos ir transporto, – galime pasakyti, kad, neturėdami naftos, jie turi mažiau to, ko nori, net jei jie niekuomet nėra girdėję apie naftą. Tačiau mes negalime daryti panašios prielaidos apie žmones, kurių kultūra yra nepanaši į mūsų: mes negalime pasakyti, jog jų troškimai yra šiaip jau tokie pat kaip mūsų – juk šie troškimai yra troškimai, pagimdyti kultūros – ir glaudžiai susiję su kultūra, – kurios, kaip mes tariame, jie neturi.

Neišsigelbėsime ir liovęsi spekuliuoti apie ateities kartas ir paprasčiausiai paklausdami, ar mes patys būtume nusiteikę kolektyviai sumokėti būtiną konkrečią kainą, kad išsaugotume tam tikrą vertingą savo kultūros dalį. Mat labai panaši problema iškyla šiaip ar taip. Tarkime, jog mes, pavyzdžiui, klausiame, ar mūsų bendruomenė rinktųsi tokią kaip dabar savo bendrosios kultūros gausą ir įvairovę, ar – daugiau ir geresnių viešųjų parkų. Mes neturime būdo atsakyti į šį klausimą protingai. Vertė, kurią mūsų akyse turi viešieji parkai, ir būdai, kuriais mes randame vertę juose, labai priklauso nuo mūsų kultūros. Parkai mums turėtų visai kitokią reikšmę ir vertę, jeigu, pavyzdžiui, neturėtume romantinio peizažo kultūrinės tradicijos, – tradicijos, kuri prasidėjo aukštojoje kultūroje, nors dabar puoselėjama daugiausiai bendrosios kultūros, įskaitant reklamą. Taigi ką tik pasiūlytas pasirinkimas yra klaidinamas: mes įgytume savo dabartinę kultūrą vertindami tai, ką, pagal hipotezę, galėtume turėti tik nebeturėdami tos kultūros. Kadangi mūsų intelektualinė aplinka teikia akinius, per kuriuos žvelgdami patirtis identifikuojame kaip vertingas, jos negalime, nenusižengdami logikai, padėti ant svarstyklių kaip vienos iš jos identifikuojamų patirčių ir sverti kitų patirčių atžvilgiu, kad nustatytume, ar ji vertingesnė už jas, ar ne tokia vertinga.

Tai dramatiški pavyzdžiai, tačiau šis argumentas galioja ir tais atvejais, kai tariamai vertinami kultūros aspektai ar bruožai yra ne tokie visa apimantys, labiau tono ar laipsnio dalykas. Įsivaizduokime, jog opera ne išnyksta visiškai ir be pėdsakų, bet netenka įspūdingumo ir kokybės, taip pat bendro rimtumo, nebeatliekama gerai ar su polėkiu, nebelaikoma aukščiausiojo meno dalyku, kurio puoselėjimas yra vertas nepaprasto pasiaukojimo, žodžiu, nebetraktuojama taip rimtai. Šitai būtų sykiu ir meno kokybės pokytis, ir permaina, dėl kurios pakinta žmonių tam menui keliamų kokybės reikalavimų griežtumas, ir šios permainos nebūtų nesusijusios ir vykstančios atskirai. Vien dėl to, kad svarstomoji situacija ne tokia dramatiška, mes nesame pajėgesni atskirti tai, kas vertinama, nuo socialinio ir asmeninio aparato, kuris naudojamas tai įvertinti. Tai galutinis smūgis pastangoms sukurti viešojo gėrio sąvoka pagrįstą ar-

gumentaciją apie aukštosios kultūros „išsiliejimo per kraštus“ efektus. Ši argumentacija negali funkcionuoti nesant kokio nors būdo identifikuoti – ar bent jau padaryti aiškius sprendinius apie tai, ko žmonės – dabar arba ateityje – tikisi iš kultūros; o kultūra yra pernelyg fundamentali, pernelyg pamatinė mūsų vertės schemoms, kad šios rūšies klausimai būtų protingi. Mūsų problema yra ne faktų išsiaiškinimo, o prasmės problema.

Ši esė prasidėjo gerai žinoma istorija apie opoziciją tarp ekonominės ir elitinės pažiūros kaip alternatyvių būdų viešosios paramos menams galvosūkiui spręsti. Aš sakiau, jog ekonominė pažiūra iš pirmo žvilgsnio atrodė teikianti argumentų prieš viešąją paramą; tačiau ėmiausi svarstyti, ar, įdėmiau pažvelgus, ekonominė pažiūra vis dėlto negalėtų būti jai palanki. Tą viltį skatino tariama analogija tarp privačių transakcijų meno srityje naudingų efektų ir gerai žinomų viešųjų gėrybių pavyzdžių, tokių kaip karinė gynyba ir švaraus oro kampanijos. Ta analogija subliuško, tačiau ne ta prasme, kuri reabilituotų ekonominę pažiūrą kaip valstybės paramos oponentę. Priešingai – visi sunkumai, kylantys teiginiui, jog ekonomika yra palanki viešajai paramai, yra taip pat ir sunkumai, kylantys oponuojančiam teiginiui, nuo kurio pradėjome, – jog ekonomika nepritariamai žiūri į ją. Tie sunkumai simetriški tiek pozityviam, tiek negatyviam teiginiui. Niekas iš to, ką pasakiau apie tris problemas – laiko atkarpos, neapibrėžtumo ir nekoherentiškumo, – nerodo, kad visuomenė nenori to, ką ji gautų viešosios paramos keliu. Arba – kad rinka, nesuteršta jokio subsidijavimo, yra geriausias kriterijus, rodantis, ko visuomenė išties nori už tą kainą. Mano argumentas, jeigu jis įtikinamas, pateisina daug radikalesnę ir įdomesnę išvadą, būtent tą, jog ekonominė pažiūra abiem atvejais paprasčiausiai negali būti kriterijumi, nustatančiu, ar menas turėtų būti viešai remiamas arba kokiu mastu jis turėtų būti remiamas. Valstybės paramos klausimas niekaip nesusijęs su tos rūšies polinkiais, preferencijomis ir vertybėmis, į kurias prasminga apeliuoti ekonominėje analizėje.

Tad kokioje padėtyje atsiduriame? Mes pradėjome nuo dviejų pažiūrų, ekonominės ir elitinės; pirmoji dabar pripažinta negalima, taigi

tikriausiai manytina, jog mes likome su antrąja. Tačiau mano argumentas, konkrečiai dėl numatymo netikrumo, atrodo ginčijąs taip pat ir elitinės požiūros pravartumą. Kai pripažįstame, jog bet kokios pagalbos aukštajai kultūrai programos pagrindinis poveikis daugumai žmonių ilagalaikėje perspektyvoje bus jos poveikis bendrajai kultūrai, taip pat – jog beveik neįmanoma prognozuoti to poveikio detalių, argumentas, jog mes privalome teikti pagalbą kultūrai, kad žmonių gyvenimas taptų geresnis, atrodo it aklas spėjimas, tikėjimo dalykas. Staiga paaiškėja, kad mes neturime visiškai jokio argumento nei už, nei prieš ir kad laikas persigrupuoti. Laikas pažymėti perskyrą, kurią iki šiol palikau latentišką: perskyrą tarp dviejų implikacijų, kurias mums turi mūsų kultūra. Ji teikia konkrečius paveikslus, koncertus ir romanus, dizainą, sporto šakas ir trilerius, kuriuos vertiname ir kuriais mėgaujamės; tačiau ji taip pat teikia struktūrinį rėmą, kuris daro galimas tos rūšies estetines vertes – kuris daro jas vertybėmis mums. Šią perskyrą galime panaudoti apibrėžti pažiūrai į valstybės paramos menams problemą – pažiūrai, kuri nėra ekonominė, bet skiriasi ir bent jau nuo nepatrauklesnių elitinės pažiūros versijų.

Mano prielaida yra tokia. Mes turėtume identifikuoti struktūrinius mūsų bendrosios kultūros aspektus kaip savaime vertus dėmesio. Turėtume pamėginti apibrėžti turtingą kultūrinę struktūrą, tą struktūrą, kuri įgalina daugybę skirtingų vertės galimybių ar atvejų, o save laikyti patikėtiniais, turinčiais išsaugoti mūsų kultūros turtingumą tiems, kurie gyvens savo gyvenimą joje po mūsų. Mes negalime pasakyti, kad taip darydami, užtikrinsime jiems daugiau malonumo arba paliksime pasaulį, kuris jiems atrodys tinkamas, turint omenyje alternatyvius pasaulius, kuriuos galėtume sukurti priešingu atveju. Tai ekonominės pažiūros kalba, ir ji čia netinka. Tačiau mes galime tvirtinti – kaip šitai galėtume paneigti? – jog žmonėms geriau, jei tos gyvenimo formos, kurios yra jiems prieinamos, yra kompleksiškos ir pasižymi gelme, ir tuomet stabtelėti, kad įsitikintume, ar – jeigu veikiame pagal šį principą, – esame pasirengę bet kokiam priekaištavimui dėl elitizmo ar paternalizmo.

Dabar susitelksiu į kultūros struktūrą, į galimybes, kurias ji atveria, o ne į paskirus meno kūrinius ar meninės kūrybos atvejus. Bendruomenės kultūrinės struktūros centras yra jos nariams bendra kalba. Kalba nėra nei privati, nei vieša gėrybė, kaip šios techniškai apibrėžiamos; ji yra iš prigimties sociali, skirtingai nei tos gėrybės, ir, kaip visuma, generuoja mūsų būdus vertinti dalykus, todėl pati nėra vertinimo objektas. Tačiau kalba turi formalių panašumų su tuo, ką aš pavadinau mišria viešąja gėrybe. Kas nors gali reliatyviai nebrangiomis priemonėmis nušalinti kitus nuo to, ką jis ar ji rašo ar sako bet kokia konkrečia proga. Tačiau žmonių neįmanoma visiškai nušalinti nuo kalbos; bet kuriuo atveju būtų privalu juos nušalinti, nes tų, kurie vartoja kalbą, požiūriu, parazitavimas yra geriau nei visiška atskirtis. O privati veikla kalboje – privataus ar kontroliuojamo kalbėjimo atvejai – kolektyviai determinuoja, kokia yra visuotinė kalba. Knygos, kurias rašome ir skaitome, lavinimas, kurį suteikiame ir įgyjame, milijonai kitokių mūsų atliekamų kasdienių veiksmų kalboje, daugelis iš kurių – komerciniai, – visa tai per ilgą laiką lemia, kokią kalbą mes turime. Mes visi esame naudos gavėjai arba aukos to, kas padaroma kalbai, kuri yra mums bendra.

Kalba gali sunykti; kai kurios kalbos yra turtingesnės ir geresnės nei kitos. Vargu ar prasminga sakyti, jog vėlesnių kartų žmonės būtų nenorėję, kad jų kalba nunyktų kokiu nors konkrečiu atžvilgiu – netekdama tam tikros struktūrinės galimybės. Jie neturėtų žodžių, kuriais galima išreikšti – kitaip tariant, patirti – tą apgailestavimą. Ne ką prasmingiau sakyti ir tai, jog jie norėtų turėti kalbą, turtingesnę galimybių, nei turi dabar. Tas, kuris neturi jokios nuovokos, ką įgalina tos galimybės, negali jų norėti. Vis dėlto visiškai prasminga sakyti, jog jų padėtis būtų blogesnė, jeigu jų kalba nebeturėtų tų galimybių, kurias teikia mūsiškė. Žinoma, tai sakydami, pretenduojame į tai, jog žinome, kas atitinka jų interesą – kas padarytų jų gyvenimą geresnį.

Ar tai paternalizmas? Dabar mums reikia daugiau perskyrų. Paternalizmas yra primityvus, kai valdžios pareigūnai veikia nepaisydami preferencijų tų, kuriuos jie valdo, nors ir tariamai jų interesų

vardu. Policija verčia žmones prisisegti diržus automobilyje ar vengti neįprastų seksualinių ryšių, nepaisydama jų vairavimo ar seksualinių polinkių. Paternalizmas yra rafinuotesnis, kai valdžios pareigūnai stengiasi ne konfrontuoti su jau įsigalėjusiomis preferencijomis, bet sukurti preferencijas, kurias jie mano esant pageidautinas, ir apeiti tas, kurias jie laiko žalingomis. Tai, pavyzdžiui, didžiosios dalies moralinio lavinimo paternalizmas ir didžiosios dalies cenzūros pateisinimas. Kalbos saugojimas nuo struktūrinio suprastėjimo ar nunykimo nėra nė vienos iš šių rūšių paternalizmas. Jis nesipriešina, kaip primityvusis paternalizmas, kieno nors preferencijoms. Taip pat jis nesiekia, kaip rafinuotas paternalizmas, sukurti arba užkardyti preferencijas, identifikuotas iš anksto kaip geros arba blogos. Priešingai, jis įgalina didesnį, o ne mažesnį pasirinkimą, nes būtent šiuo atžvilgiu, kaip mes manome, žmonių, turinčių turtingesnę, o ne skurdesnę kalbą, padėtis yra geresnė. Mūsų antipatija paternalizmui teikia motyvą už, o ne prieš pasivadinimą lingvistinių galimybių struktūros patikėtiniais.

Ryšys tarp šių pastabų apie kalbą ir mūsų keliamos meno ir humanitarinės kultūros problemos yra akivaizdus. Juk struktūrinis mūsų meninės kultūros aspektas yra ne kas kita kaip kalba, ypatinga dalis kalbos, kuria mes visi dabar naudojamės. Meno galimybės, galimybės įžvelgti tam tikros rūšies reprezentacijos estetinę vertę arba objektų išskyrimas priklauso nuo mums bendros tradicijos ir konvencijos leksikos. Ši mūsų kalbos dalis galėjo būti daug skurdesnė. Įsivaizduokime, jog niekam niekada nepasirodo vertinga naratyvinė išmonė, t. y. pasakojimas. Mūsų kalba tuomet nebūtų turėjusi tų sudėtingų išteklių romanui nuo melo atskirti, kuriuos ji turi. Tuomet niekas negalėtų netikėtai, tiesiog kūrybinio įkvėpimo pagautas, parašyti romaną. Nebūtų jokių išteklių, kuriais jis galėtų pasinaudoti, kad pripažintų pramanyto naratyvo vertę, o kiti – kad suvoktų tai, ką jis jiems teikia šiuo modusu. Pakankamai akivaizdu, jog tokį patį argumentą galima pateikti apie tapybą ir skulptūrą bei muziką ir tapybą. Taip pat – jei jau apie tai prakalbome – apie istoriją ir filosofiją, kaip ir apie kitas humanitarines disciplinas.

Nors mes negalime įsivaizduoti savo kultūros, visiškai praradusios kurį nors iš pamatinių meno leksikos fondų – vargu ar galime įsivaizduoti save netekusius galios skirti grožinę literatūrą nuo melo, – labai lengvai galime įsivaizduoti ne tokią dramatišką priešingą permainą. Pavyzdžiui, dabar disponuojame konceptualiniu aparatu, leidžiančiu įžvelgti istorinės ir kultūrinės tąsos estetinę vertę. Įvairias nuorodas į mūsų kultūros istoriją mes galime manyti – ir manome – esant įdomias; mes regime vertę idėjoje, jog šiuolaikinis menas perkuria kitų epochų temas ar stilius arba yra turtingas aliuzijų į jas, kad praeitis – perkurta – yra su mumis dabartyje. Tačiau ši sudėtinga idėja lygiai taip pat priklauso nuo mums bendros praktikos, kaip ir naratyvinio pramano idėja. Ji gali gyvuoti tik tol, kol ta praktika tęsiasi gyva forma, tik tol, kol praeitis išlieka gyva tarp mūsų, platesnėje kultūroje, kuri pasklinda iš muziejaus ir universiteto, koncentriškais ratais apimdama daug platesnės bendruomenės patirtį. Pati galimybė matyti tęstinumo estetinę vertę priklauso nuo to, ar mes ir toliau patiriame sėkmę tęstinumo dėka ir ar esame juo suinteresuoti; o šitai savo ruožtu išties gali reikalauti gausaus iliustracinių ir lyginamųjų kolekcijų fondo, kurios gali būti laikomos tik – arba geriausiai – muziejuose, o tiriamos – universitetuose ir kitose akademinėse įstaigose. Jeigu iš tiesų visa bendruomenė, o ne tik tie, kurie šiomis institucijomis naudojasi tiesiogiai, gali naudotis ir naudojasi struktūrinėmis tęstinumo ir referencijos galimybėmis, – reabilituojame kažką panašaus į viešojo gėrio samprata pagrįstą argumentą už valstybės paramą šioms institucijoms.

Antra prasme kultūros kalba gali tapti skurdesnė ne prarasdama tam tikras vertės dimensijas, tokias kaip tęstinumas, bet tapdama ne tokia inovatyvi, nebesiplėtodama ar nebesiskleisdama naujomis dimensijomis. Mūsiškė kultūra yra išgyvenusi ypatingo originalumo momentus, kai meno ambicija staiga tampa tam tikra kalbos vartosena ar prezentavimo būdas, kaip estetiškai vertingi, ir ši ambicija realizuojama. Mūsų inovacinis pajėgumas dviem būdais arba dviem lygmenimis remiasi tradicija. Turime turėti *pačios* inovacijos tradiciją, taip pat turime turėti tam tikras meno formas, pakankamai atviras ir

pasiduodančias reinterpretacijai, kad tęstinumas galėtų būti išsaugotas *per* inovaciją, kad tai, kas nauja, žmonės galėtų suprasti kaip vis tiek pakankamai susieta su tuo, ką jie jau laiko meno modusu, – pakankamai susieta, kad tai būtų galima pripažinti tame pačiame bendrajame patirties moduse išsitenkančiu dalyku. Šios tradicijos gali susiaurėti iki akademinio ar konvencionalistinio konsenso, kai nubrėžiamos pernelyg ankštos to, kas gali būti laikoma menu, ribos ir menas degeneruoja į vien tik tai, kas įprasta arba dailu arba – dar blogiau – į tai, kas naudinga kokio nors neestetinio tikslo požiūriu. Meno būklė kai kuriose tironijose yra slogus priminimas, kokia degeneracija yra realiai įmanoma.

Mums kur kas lengviau įsivaizduoti permainas, laikytinas kokio nors pagrindinio kultūros padalinio nuopuoliu nei jo išnykimą. Mūsų klausimas buvo tas, ar galimas koks nors prieštaravimas pripažinti, iš principo, mano aprašytuosius postulatą ir programą: jog žmonių padėtis yra geresnė, kai galimybės, kurias suteikia jų kultūra, yra sudėtingesnės ir įvairesnės ir kad turime veikti kaip mūsiškės kultūros kompleksiškumo globėjai, atsakingi už jos ateitį? Matėme, – bet verta pakartoti, – jog ekonominė pažiūra ir demokratinės vertybės, kurias ta pažiūra reprezentuoja, neteikia jokio prieštaravimo. Valstybės lėšų naudojimas tuo būdu neatima iš ateities visuomenės to, ko ji nori. Aš pažymėjau du nuolatinius prieštaravimus elitiniam požiūriui į valstybės paramą menams: paternalizmą ir elitizmą. Jeigu valstybės subsidijavimo tikslas yra apsaugoti struktūrą, o ne užtikrinti konkrečius estetinius įvykius, kaltinimas paternalizmu atremiamas. Sykiu atremiamas kaltinimas elitizmu, nes struktūra veikia beveik kiekvieno gyvenimą – ir taip fundamentaliai ir neprognozuojamai, kad neturime konceptualinio aparato pamatuoti, kas gauna daugiausia naudos iš tų įvairių galimybių ir idėjų, kurios taip generuojamos.

Kažkada, pačioje pradžioje, ši argumentacija atrodė labai nepalanki valstybės paramai menams. Dabar viskas netikėtai tapo pernelyg idiliška. Ar iš tiesų galime užbaigti argumentaciją, tiesiog paskelbdami, jog valstybės paramos prasmė yra apsaugoti mūsų intelektualinės kultūros struktūrą? Ne, žinoma, negalime. Struktūrinį aprašymą

turime pelnyti, ne vien tvirtinti, o tuomet reikia parodyti, kokios rūšies ir masto paramą tas aprašymas pateisina konkrečiomis aplinkybėmis. Mes pakeitėme ginčo terminus, o ne laimėjome jį iš anksto.

Kokiu mastu valstybės parama gali būti pateisinta šiuo būdu? Vieną argumentą reikia pateikti išsyk. Šis argumentas idealiu atveju pateisina viešųjų pareigūnų valią įrašyti kultūros saugą tarp savo tikslų; jis nepateisina jų pavertimo pagrindiniu ar pačiu neatidėliotiniausiu pareigūnų tikslu. Jie vis vien turi nustatyti prioritetus, kiek lėšų skirti menams ir humanitarinėms disciplinoms, turint omenyje konkuruojančias pretenzijas, kurios, kai kurių požiūriu, apims karinę gynybą, o kitų požiūriu – socialinį teisingumą. Nužengčiau toli už savo objekto ribų, jei svarstyčiau, kaip šie prioritetai turėtų būti hierarchizuoti. Tačiau pasirinkimas „menas arba visa kita" nėra ištaigos arba būtinybės, prabangos arba pareigos pasirinkimas. Mes paveldėjome kultūrinę struktūrą ir turime vienokią ar kitokią pareigą, diktuojamą paprasto teisingumo, palikti tą struktūrą bent jau tokią turtingą, kokią ją radome.

Tačiau mano argumento intencija yra parodyti, jog menas yra vertas valstybės paramos, o ne nustatyti tos paramos apatinę ribą arba lubas. Tačiau menas yra vertas paramos tik su tam tikra sąlyga: jog valstybės parama skiriama saugoti struktūrą, o ne proteguoti kokį nors konkretų turinį tai struktūrai bet kuriuo konkrečiu metu. Taigi kelrodė valstybės subsidijos žvaigždė turėtų būti šis tikslas: ji turėtų būti nukreipta į kultūros kaip visumos įvairovę ir inovacinę kokybę, o ne į tai, kas (viešiesiems pareigūnams) atrodo puiku konkrečiomis tos kultūros progomis. Visa kita yra strategijos ir taktikos dalykas: maksimos ir praktiniai sumetimai, sukurti sulaužyti. Bendrai imant, pagalba turi būti teikiama nediskriminuotų subsidijų forma, tokių kaip atleidimas nuo mokesčių, taikomas dovanoms, skiriamoms kultūros institucijoms, o ne specialių subsidijų konkrečioms institucijoms forma, tačiau ji neturėtų būti teikiama, kai privačios aukos pasirodo veikiančios prieš įvairovę ir inovaciją, o ne jų labui. Kai daromos diskriminuojamosios skirtys, jos turėtų atiduoti pirmenybę toms meno formoms, kurios yra pernelyg brangios, kad būtų

visiškai išlaikomos privačių rinkos transakcijų. Jeigu šios formos apima (o aš manau, kad apima) brangias ir itin gausias paveikslų kolekcijas arba didelės apimties tyrimus, kurių rinka neišlaikytų, tokias kaip didžioji dalis didžiųjų universitetų programų, tai tam negali būti prieštaraujama sakant, jog tik reliatyviai nedaug žmonių, kurie jau ir šiaip įvairiais atžvilgiais yra privilegijuoti, patirs tiesioginę naudą ir ją patirs tuoj pat. Aš nenoriu pasakyti, jog turėtume būti nejautrūs programų su kitokiais siekiais apeliacijai, konkrečiai programų, kurios mėgina užtikrinti platesnę auditoriją menams ir moksliniams tyrimams. Ta ambicija lieka svarbi ir neatidėliotinai įgyvendintina. Ją galima apginti daugeliu būdų, taip pat ir nurodant, kaip šitai taip pat padeda apsaugoti trapią mūsų kultūros struktūrą.

KETVIRTA DALIS

EKONOMINIS POŽIŪRIS Į TEISĘ

12. Ar gerovė – vertybė?*

Šioje esė svarstau ir atmetu politinę teisės teoriją, dažnai vadinamą ekonomine teisės analize. (Taip vadinasi Richardo Posnerio didelės apimties knyga,[108] ir aš labiausiai gilinsiuos – bet ne vien – į argumentus, kuriuos pateikė pats Posneris.) Ekonominė teisės analizė turi deskriptyvinę ir normatyvinę dalis. Joje aiškinama, jog teisėjai, besivadovaujantys bendrąja teise – bent jau jie, – sunkiąsias bylas sprendė, apskritai imant, taip, kad būtų maksimizuotas socialinis turtas ir kad jie taip ir turėtų spręsti tokias bylas. Aš svarstysiu daugiausiai normatyvinę šios teorijos dalį, tiesa, esė pabaigoje argumentuosiu, jog normatyviniai šios teorijos defektai yra tokie dideli, kad verčia abejoti ir jos deskriptyviniais teiginiais, jeigu šių deskriptyvinių teiginių negalima įkurdinti visai kitokioje normatyvinėje teorijoje.

Turto maksimizavimo samprata yra abiejų – deskriptyvinio ir normatyvinio – teorijos aspektų centre. Tačiau šią sampratą lengva suprasti klaidingai, ir ji buvo vienaip ar kitaip klaidingai suprantama jos kritikų. „Turto maksimizavimas" yra kertinis šios teorijos terminas, sumanytas nusakyti ne tam pačiam dalykui, kurį reiškia „Pareto efektyvumo" terminas. Šiame įvadiniame skirsnyje pamėginsiu paaiškinti kiekvieną iš šių terminų ir parodyti, kodėl ekonominė teisės analizė suprantama klaidingai, kai tariama, kaip darė kritikai, jog teisininko teikiamas pirmojo termino apibrėžimas yra nevykęs mėginimas pagauti antrojo termino reikšmę.

Turto maksimizavimas, kaip jis apibrėžiamas, yra pasiekiamas,

* Pastaba. Pirmą kartą paskelbta *The Journal of Legal Studies*, 9: 191–226 (March 1980). © Ronald Dworkin.

kai gėrybės ir kiti ištekliai yra rankose tų, kurie vertina juos labiausiai, o asmuo gėrybę vertina labiau tik tuo atveju, jeigu yra ir nusiteikęs, ir išgali mokėti daugiau pinigais (arba pinigų ekvivalentu), kad ją įsigytų. Individas maksimizuoja savo paties turtą, kai padidina išteklių, kuriuos turi kaip nuosavybę, vertę; visuomet, kai jis, pavyzdžiui, gali įsigyti tai, ką vertina, už kokią nors sumą, mažesnę nei didžiausia suma, kurią jis būtų nusiteikęs už tai sumokėti. To dalyko vertė jam yra matuotina pinigais, kuriuos jis mokėtų, jei reikėtų; jeigu jis gali mokėti, sakykime, 4 dolerius už tai, už ką jis mokėtų 5 dolerius, jei reikėtų, kad įsigytų, jo turtas bus padidėjęs 1 doleriu. Visuomenė maksimizuoja savo turtą, kai visi tos visuomenės ištekliai yra taip išskirstyti, jog visų tokių individualių įkainojimų suma yra įmanomai didžiausia.

Ši individualaus ir socialinio turto maksimizacijos idėja kelia daug konceptualinių keblumų. Kai kurie iš jų iškils mūsų svarstymo metu, tačiau vienas yra toks akivaizdus, kad galime jo imtis išsyk. Dauguma žmonių suvokia skirtumą tarp sumos, kurią jie būtų nusiteikę mokėti už kokį nors dalyką, kurio neturi, nuo sumos, kurią paimtų už tą dalyką, jei jį jau turėtų. Kartais pirmoji suma yra didesnė – gerai žinomas fenomenas „jo žolė žalesnė", kai kaimyno nuosavybė atrodo geidžiamesnė nei būtų tuo atveju, jeigu būtų jūsų. Jeigu daugelio žmonių padėtis dažnai būtų tokia, tai socialinio turto maksimizacija būtų iš principo nestabili. Socialinis turtas būtų didinamas kokios nors nuosavybės, priklausančios A, perdavimu B, bet po to jis būtų didinamas B nuosavybę vėl pervedant A ir t. t. Kitaip tariant, tokiomis aplinkybėmis turto maksimizacija būtų ciklinis standartas – labai nepatraukli savybė socialinio gerinimo standartui. Antras atvejis yra galbūt įprastesnis (nors nei racionalesnis, nei ne toks racionalus): už tai, ką turi kaip nuosavybę, asmuo prašys daugiau nei mokėtų, kad tai įsigytų. Kai man nusišypso nemenka laimė ir aš galiu nusipirkti Vimbildono bilietus metinėje loterijoje už 5 svarus, aš jų neparduosiu už, tarkime, 50 svarų, nors tikrai nemokėsiu 20 svarų, kad juos nusipirkčiau, kai loterijoje nieko neišlošiu. Jeigu daugelio žmonių padėtis yra tokia daugelio gėrybių atžvilgiu, tai turto maksi-

mizavimas nebus nepriklausomas nuo metodo; galutinis paskirstymas, kuriuo pasiekiamas turto maksimizavimas, bus skirtingas, net esant vienodam pradiniam paskirstymui, priklausomai nuo tvarkos, kuria atliekami tarpiniai pervedimai. Priklausymas nuo metodo nėra toks rimtas defektas kaip ciklišKumas, tačiau visgi įveda arbitralumo elementą į bet kokią turto pervedimų schemą, sukurtą palaikyti socialinio turto maksimizacijai.

Neatrodo, kad Posneris ar kiti ekonominės teisės analizės šalininkai pernelyg nerimautų dėl bet kurios iš šių galimybių. Gal jie turi galvoje racionalumo sąlygas, kurios užkardo šios rūšies skirtumus tarp pirkimo ir pardavimo verčių. O gal jiems pirmiausia rūpi komercinių firmų elgesys, kur šie reikalavimai neatrodytų tokie despotiški. Tačiau nebūtų žalinga sugriežtinti jų apibrėžimus. Galime sakyti, jog tam tikru perdavimu ar paskirstymu turto maksimizavimo tikslui būtų pasitarnauta tik tuomet, kai tas pervedimas padidintų socialinį turtą, matuojant tuo, ką asmuo, į kurio rankas gėrybė patenka, mokėtų, jei reikėtų, kad ją įsigytų, taip pat tuo, ką jis paimtų, kad su ja išsiskirtų. Tais atvejais, kai šių dviejų kriterijų rezultatai prieštarauja vienas kitam, socialinio turto maksimizacijos standartas neduoda galutinio atsakymo. Atsakymo nebuvimas tam tikrais atvejais anaiptol nėra didelis prieštaravimas socialinio tobulinimo standartams – su sąlyga, jog šitokie atvejai nėra tokie gausūs, kad su jais susitaikyti nebegalima.

Ekonomistams gerai žinoma Pareto efektyvumo (arba Pareto optimalumo) samprata yra visai kitas dalykas. Pagal Paretą, išteklių paskirstymas yra efektyvus, jeigu tame paskirstyme negalima nieko pakeisti taip, kad nepablogėtų niekieno padėtis ir mažiausiai vieno asmens padėtis pagerėtų. Dažnai buvo pažymima, jog kone kiekvienas plačios apimties išteklių paskirstymas tenkina šį kriterijų. Net savanoriški prekybos sandėriai, pagerinantys abiejų šalių padėtį, gali turėti priešingų padarinių kokiai nors trečiai šaliai, pavyzdžiui, lemdami kainų permainas. Būtų absurdiška sakyti, jog teisėjai turėtų nedaryti jokių kitokių sprendimų, išskyrus tuos, kurie veda visuomenę iš neefektyvios pagal Paretą būklės prie efektyvios pagal Paretą būklės.

Toks suvaržymas yra pernelyg griežtas, nes neefektyvių pagal Paretą būklių būna visokių; tačiau sykiu jis ir pernelyg silpnas, nes jeigu neefektyvi pagal Paretą situacija iš tiesų egzistuoja, patys įvairiausi pokyčiai pasiektų efektyvią pagal Paretą situaciją ir tas suvaržymas jų neskirtų.

Tarkime, jog joks teismas nėra nusprendęs, pavyzdžiui, ar saldainių gamintojas yra skolingas gydytojui, jeigu gamintojo mašina apsunkina medicininį darbą kaimyniniame pastate.[109] Daktaras neturi pripažintos juridinės teisės į žalos kompensaciją arba teismo įsakymą, tačiau ir gamintojas neturi pripažintos teisės naudoti savo mašiną ir nemokėti tokios kompensacijos. Gydytojas paduoda ieškinį prieš saldainių gamintoją, ir teismas turi nuspręsti, kurią iš šių dviejų teisių pripažinti. Joks sprendimas nebus geresnis Pareto efektyvumo požiūriu, kalbant apie situaciją iki sprendimo, nes bet koks sprendimas pagerins vienos iš šalių padėtį kitos šalies sąskaita. Abu sprendimai pasieks efektyvų pagal Paretą rezultatą, nes joks tolesnis teisinės padėties keitimas nebūtų naudingas vienai iš šalių taip, kad nenuskriaustų kitos. Taigi reikalavimas, jog teismas turėtų priimti sprendimą, suteikiantį galią pranašesnei pagal Paretą normai, jeigu tai įmanoma, tokiu atveju būtų beprasmiškas.

Tačiau kitoks patarimas, – jog teismas turėtų pasirinkti normą, kuri maksimizuoja socialinį turtą, – toli gražu nėra beprasmiškas. R. H. Coase'is argumentavo, jog jeigu transakcija nieko nekainuotų, to tikslo požiūriu nebūtų jokio skirtumo, kurį iš tų dviejų sprendimų padarytų teismas.[110] Jeigu sprendimas pats savaime nemaksimizuotų turto, tai šalys suderėtų būtent dėl tokio sprendimo, kuris maksimizuotų turtą. Tačiau kadangi transakcijos kaštai visuomet yra neišvengiami, praktikoje skirtumas bus. Jeigu saldainių gamintojas nenaudodamas savo mašinos netektų 10 dolerių, o gydytojas netektų tik 9 dolerių, jei mašina būtų naudojama, tai norma, suteikianti gydytojui teisę neleisti naudoti mašinos, jeigu transakcijos kaštai viršytų 1 dolerį, socialinio turto nemaksimizuotų. Todėl teisėjas turėtų priimti tokį sprendimą, kad vertybės (šiuo atveju teisė praktikuoti mediciną netrukdomam triukšmo arba teisė gaminti saldainius netrukdomam

teismo įsakymų) būtų suteiktos tiesiogiai, jo sprendimu, tai iš šalių, kuri įsigytų tą teisę, jei ji jai nepriklausytų, ir jos neparduotų, jei ji jai būtų pripažinta, abiem atvejais – su sąlyga, jog transakcijos kaštai būtų nuliniai. Daugeliu atveju šis reikalavimas, kitaip nei pranašumo Pareto efektyvumo požiūriu reikalavimas, diktuotų vienintelį sprendimą. Jeigu saldainių gamintojas savo triukšminga mašina pagamintų tiek produkcijos, kad, visiškai kompensavęs gydytojui už jo praktikos nuostolius, vis dar turėtų atliekamo pelno, kaip yra pagal ką tik pateiktus tariamus skaičius, tai saldainių gamintojui turėtų būti pripažinta teisė kelti triukšmą nekompensuotinai. Žinoma, šitai neprodukuos tokio *paskirstymo,* kuris būtų buvęs pasiektas, jeigu teisė būtų pripažinta gydytojui, o transakcija nieko nekainuotų. Tuo atveju gydytojas būtų turėjęs daugiau nei 9 dolerius, o saldainių gamintojas – apytikriai imant, mažiau nei 1 dolerį. Dabar saldainių gamintojas turės 10 dolerių, o gydytojas – nieko. Tačiau tai, turint omenyje ir transakcijos kaštus, produkuoja daugiau suminio *socialinio* turto nei vienintelė reali alternatyva – būtent ta, jog saldainių gamintojas negautų jokio pelno, o gydytojas – 9 dolerius.

Taigi turto maksimizavimo teorija yra sykiu ir skirtinga nuo Pareto efektyvumo teorijos, ir praktiškesnė. Tad ekonominę teisės analizę, į centrą iškeliančią turto maksimizavimo sampratą, reikia skirti nuo ekonomisto teisės analizės, t. y. nuo ekonomistams įprastos efektyvumo sampratos taikymo teisiniams kontekstams, būtent Pareto efektyvumo sampratos. Kai ekonomistas klausia, ar įstatymo norma yra efektyvi, jis paprastai nori paklausti, ar situacija, sukuriama tos normos, yra efektyvi pagal Paretą, o ne ar ta norma yra turtą maksimizuojanti. Būtų buvę išvengta daug painiavos, jeigu Posneris ir kiti savo pačių darbų apibūdinime nebūtų vartoję žodžių „ekonominis" ar „efektyvus". Ekonomistams nebūtų taip rūpėję pažymėti, jog šie žodžiai vartojami akivaizdžiai ne jų normalia profesine prasme. Tuomet jie nebūtų manę, jog Posneris ir jo kolegos padarė tam tikrų paprastų konceptualinių klaidų.

Tačiau dabar pasiekiame problemos šerdį. Ekonominė analizė, savo normatyvinėje pusėje, skelbia, jog socialinio turto maksimizavimas yra vertingas tikslas, todėl teisėjai savo sprendimais turėtų stengtis maksimizuoti socialinį turtą, pavyzdžiui, pripažindami teises tiems, kurie jas įsigytų, jei ne transakcijos kaštai. Tačiau neaišku, *kodėl* socialinis turtas yra vertingas tikslas. Kas dar manytų, jog visuomenė, turinti daugiau turto, – kaip jis apibrėžiamas, – yra arba pati geresnė, arba jos narių padėtis geresnė, nei visuomenės, kuri turi mažiau turto, – kas taip manytų, išskyrus tą, kuris personifikuodamas visuomenę ir todėl manydamas, jog visuomenės padėtis yra geresnė kai ji turi daugiau turto, lygiai taip pat kaip individo atveju? Kodėl tas, kuris nepadarė šios klaidos, socialinės gerovės maksimizavimą turėtų laikyti vertingu tikslu?

Esama keleto galimų atsakymų į šį klausimą, tad pradėsiu pasitelkdamas keletą perskyrų tarp jų. (1) Galima manyti, jog pats socialinis turtas yra socialinės vertės komponentas – t. y. tai, ką verta turėti kaip savaime vertingą dalyką. Esama dviejų šio teiginio versijų. (a) Anot radikaliosios jo versijos, socialinis turtas yra *vienintelis* socialinės vertės komponentas. Ji teigia, jog vienintelis atžvilgis, kuriuo viena visuomenė gali būti geresnė už kitą arba kuriuo jos narių padėtis gali būti geresnė nei kitos visuomenės narių, yra tas, jog ji turi daugiau socialinio turto. (b) Santūrioji jo versija teigia, jog socialinis turtas yra vienas iš socialinės vertės komponentų tarp kitų. Viena visuomenė yra *pro tanto* geresnė nei kita, jeigu ji turi daugiau turto, tačiau ji galėtų pasirodyti apskritai blogesnė, kai paisoma kitų vertės komponentų, įskaitant komponentus, susijusius su paskirstymu.

(2) Socialinį turtą galima laikyti ne vertės komponentu, o vertės instrumentu. Socialinio turto pagausėjimas yra ne savaime vertingas, o vertingas dėl to, kad gali produkuoti ar produkuos kitokį pagerėjimą, kuris yra vertingas savaime. Ir vėl galime skirti įvairias šio instrumentinio teiginio versijas. (a) Priežastinis teiginys sako, jog socialinio turto gausėjimas lemia kitokį pagerėjimą: turto pagausėjimas gerina padėtį tos visuomenės grupės, kurios padėtis blogiausia, mažindamas skurdą kokiu nors „nematomos rankos“ procesu. (b)

Antrasis teiginys sako, jog socialinio turto gausinimas yra socialinės vertės ingredientas todėl, kad nors jis neveikia automatiškai taip, kad lemtų kitokį pagerėjimą, jis teikia materialų pagrindą tokiam gerėjimui. Jeigu visuomenė turi daugiau turto, jos padėtis yra geresnė, nes ji gali panaudoti tą padidėjusį turtą skurdui mažinti. (c) Trečiasis teiginys skelbia, jog socialinis turtas nėra nei socialinės vertės priežastis, nei jos ingredientas – jis yra jos surogatas. Jeigu visuomenė tiesiogiai siekia kokio nors vertės pakėlimo, kaip antai mėgindama padidinti bendrą savo narių laimę, jai nepavyks pasiekti šio tikslo tokiu mastu, kokiu pavyktų, jeigu ji siektų pagausinti socialinį turtą. Socialinis turtas, pagal šį „netikro taikinio" aiškinimą, yra tik tai, kas atstoja tikslą, vertinamas ne savaime, taip pat ne dėl to, kad jis lems – arba gali būti panaudotas kuriant – kitokį gerėjimą, o dėl to, kad esama pakankamai griežtos koreliacijos tarp socialinio turto gausėjimo ir to kito gerėjimo, kad netikras taikinys taptų geru taikiniu.

Kita perskyra nepaiso šių perskyrų. Kiekvienas iš šių socialinės gerovės teiginių modusų, išskyrus teiginio apie vertės komponentą radikalią versiją, gali būti kombinuojama su kokiu nors funkciniu institucinės atsakomybės teiginiu, tvirtinančiu, jog beatodairiškai laikytis siekinio didinti socialinį turtą yra speciali teismų funkcija, nors tai nebūtinai yra, pavyzdžiui, legislatūrų funkcija. Būtų galima pasakyti, tarkim, jog nors turto maksimizacija yra tik vienas iš kelių socialinės vertės komponentų, tai vis dėlto yra tas komponentas, kurio beatodairiškai paisyti turėtų būti reikalaujama iš teismų, kitus komponentus paliekant kitoms institucijoms. Arba kad nors socialinis turtas yra tik socialinės vertės ingredientas, šio ingrediento maksimizavimas turėtų būti paliekamas teismams, suprantant, jog kitoks šio ingrediento naudojimas yra kitų institucijų kompetencijos sritis. Arba kad socialinis turtas teismams yra vertės surogatas, nes dėl kokios nors priežasties teismai negali tiesiogiai siekti tikrojo siekinio, tačiau kitos institucijos gali, todėl joms nereikia jokio surogato ar – galbūt – joms reikia kitokio surogato. Šios rūšies teoriją vadinsiu griežtąja institucine teorija – „institucine", nes ji nurodo priežastis,

dėl kurių viena institucija turėtų laikytis socialinio turto maksimizacijos, o „griežtąja" dėl to, jog ji reikalauja, kad tos institucijos tai darytų beatodairiškai.

Taigi normatyvinis ekonominės analizės teiginys numato daugelį galimų variacijų. Calabresi, Posneris ir kiti šios analizės gynėjai nekalbėjo taip aiškiai, kaip būtų galėję, kokią variaciją jie nori paremti, taigi bet koks nuodugnus jų teiginių nagrinėjimas privalo svarstyti įvairias galimybes ir tapyti pakankami plačioje drobėje. Pradėsiu svarstymu, ar teiginys, jog socialinis turtas yra vertės komponentas, radikaliąja ar santūriąja savo versija, yra apginti galima idėja.

Man yra akivaizdu, jog jos neįmanoma apginti. Galbūt niekas ir nemano, kad ją galima apginti, nors būta daug lengvabūdiškos retorikos, įtaigaujančios tokią galimybę.[111] Tačiau prieš pateikdamas iliustraciją, kuri, man regis, nenuginčijamai paneigia teoriją, kalbančią apie vertės komponentą, pamėginsiu nuskaidrinti ginčijamąjį argumentą. Jeigu ekonominė analizė skelbia, jog bylos turi būti sprendžiamos taip, kad augtų socialinis turtas, apibrėžiamas tam tikru aprašytuoju būdu, tai ji privalo parodyti, kodėl visuomenė, turinti daugiau turto, yra vien tik dėl šios priežasties geresnė – arba kodėl jos narių padėtis geresnė – nei visuomenės, turinčios mažiau turto. Išskyriau ir dabar siūlau apsvarstyti vieną atsakymo formą: socialinis turtas pats savaime yra vertės komponentas. Šis atsakymas teikia vertės teoriją. Anot jos, jeigu visuomenė pasikeičia taip, jog randasi daugiau turto, tai ta permaina pati savaime, bent jau *pro tanto,* yra vertės išaugimas, net jeigu nesama jokios kitokios kaitos, kuri taip pat būtų vertės išaugimas, ir net jeigu ta permaina kitais atžvilgiais yra vertės nuosmukis. Dabar nesvarstome klausimo, ar visuomenė, kuri vadovaujasi ekonomine teisės analize, produkuos permainas, kurios yra turto pagausėjimas, nepasižymintis daugiau niekuo, dėl ko jis galėtų būti rekomenduotinas. Klausimas tas, ar toks pokytis būtų vertės padidėjimas. Tai moralinės filosofijos – plačiausia prasme – klausimas, o ne klausimas dėl to, kaip ekonominė analizė veikia realiai. Jeigu atsakymas į mano klausimą yra „ne" – paprastas socialinio

turto pagausėjimas nėra vertės padidėjimas, – teiginys, jog socialinis turtas yra vertės komponentas, žlunga, ir normatyviniam ekonominės analizės teiginiui reikia kitokios paramos.

Panagrinėkime štai kokį hipotetinį pavyzdį. Derekas turi knygą, kurios nori Amartya'us. Derekas parduotų tą knygą Amartya'ui už 2 dolerius, o Amartya'u už ją mokėtų 3 dolerius. T (galią turintis tironas) paima knygą iš Dereko ir atiduoda ją Amartya'ui, taip neduodamas išeikvoti daugiau pinigų ar jiems ekvivalentiško turto transakcijos sąnaudoms, kurių tiedu žmonės neišvengtų, jeigu jiems tektų derėtis dėl 1 dolerio pridedamosios vertės paskirstymo. Prievartinis Dereko turto perdavimas Amartya'ui produkuoja socialinio turto prieaugį, nors Derekas be jokios kompensacijos neteko to, ką jis laiko vertingu. Situaciją iki įvykstant prievartiniam perdavimui pavadinkime „Visuomene 1", o situaciją jam įvykus – „Visuomene 2". Ar Visuomenė 2 *kokiu nors atžvilgiu* pranašesnė už Visuomenę 1? Mano intencija yra ne iškelti klausimą, ar turto prieaugį nusveria teisingumo kaštai arba vienodo traktavimo kaštai, arba kokie nors kiti kaštai, o išsiaiškinti, ar turto prieaugis pats savaime apskritai yra kokia nors nauda. Turėčiau pasakyti – ir, manau, dauguma žmonių sutiktų, – jog Visuomenė 2 nėra kokiu nors atžvilgiu geresnė.[112]

Gali būti paprieštarauta, jog praktikoje teisės normos, draudžiančios nusavinimą ir reikalaujančios rinkos mainų, kai šie įmanomi, – o mano įsivaizduojamu atveju jie yra įmanomi, – socialinis turtas būtų maksimizuotas. Posneris ir kiti išties rekomenduoja rinkos transakcijas, išskyrus tuos atvejus, kai transakcijos kaštai (šalių, identifikuojančių viena kitą ir sudarančių sutartį, sąnaudos) yra dideli. Tačiau esminis dalykas yra tai, jog rinkos transakcijas jie rekomenduoja dėl jų *įrodomosios* vertės. Jeigu dvi šalys sudaro tam tikros vertės sandėrį, galime būti tikri, jog turtas išaugo (jei išorinių veiksnių problemas atidedame į šalį), nes kiekviena iš šalių įsigyja tai, ką ji nori turėti labiau nei tai, ką atiduoda. Tuo atveju, jei transakcijos kaštai yra „dideli" arba transakcija – dėl specifiškų aplinkybių – yra neįmanoma, Posneris ir kiti rekomenduoja tai, ką jie vadina rinkos „mėgdžiojimu", kitaip tariant – privalomu laikyti tą rezultatą, kurį, jų

įsitikinimu, būtų produkavusi rinka. Todėl jie numato galimybę – ar veikiau reikalauja, – kad informaciją apie tai, ką šalys būtų dariusios rinkos transakcijoje, galima gauti ir nesant tos transakcijos ir kad tokia informacija gali būti pakankamai patikima, kad galėtų būti veiksmo pagrindu.

Todėl aš darau prielaidą, jog knygos atveju mes turime tokią informaciją. Mes žinome, jog socialinis turtas išaugs, jei perduosime Dereko knygą Amartya'ui. Mes žinome, jog naudos prieaugis bus mažesnis (turint omenyje tai, ką kiekvienas iš jų arba jie abu galėtų produkuoti priešingu atveju), jeigu jiems leidžiame „eikvoti" laiką derantis. Mes žinome, jog socialinio turto prieaugis negali būti didesnis, jei verčiame Amartya'ų mokėti Derekui kokią nors kompensaciją. (Kiekvienas mokėtų tiek pat pinigais už tokią pat sumą.) Jeigu manome, jog Visuomenė 2 jokiu atžvilgiu nėra pranašesnė už Visuomenę 1, negalime manyti, jog socialinis turtas yra vertės komponentas.

Tačiau dabar galima paprieštarauti sakant, jog turto maksimizacijai geriausiai tarnauja teisinė sistema, pripažįstanti teises konkretiems žmonėms ir tuomet reikalaujanti, kad niekas neprarastų to, į ką jis turi teisę, niekaip kitaip, išskyrus savavališkos transakcijos būdu. Arba (jeigu jo nuosavybei buvo padaryta žala) – mainais už deramą kompensaciją, idealiu atveju prilygstančią tai sumai, su kuria jis būtų sutikęs tokioje transakcijoje. Šitai paaiškina, kodėl tas, kuris mano, jog turto maksimizacija yra vertės komponentė, vis tiek gali neigti, jog Visuomenė 2 yra kokia nors prasme geresnė už Visuomenę 1. Jeigu tariame, kad Derekas turi teisę į knygą, esant teisių, turinčių maksimizuoti turtą, sistemai, tai atimant knygą be jokios kompensacijos turto maksimizacija veikiau paminama, užuot jai pasitarnavus.

Vėliau aš svarstysiu teisių teoriją, kuri pretenduoja būti išvesta iš tikslo maksimizuoti turtą. Tačiau dabar turime pažymėti, jog tas tikslas tik instrumentiškai pateisina teises, tokias kaip Dereko teisė į knygą. Teisių institucija ir konkretus teisių priskyrimas yra pateisinama tik tiek, kiek ji efektyviau nei kitos institucijos ar kitoks priskyrimas ugdo socialinį turtą. Argumentas už šias teises yra formaliai panašus į gerai žinomą norminį utilitaristinį teisių aiškinimą. Kartais aktas,

pažeidžiantis tai, kas, daugumos žmonių manymu, yra teisės, – toks kaip knygos atėmimas iš Dereko Amartya'aus naudai, – padidina suminę naudą. Kai kurie normų utilitaristai argumentuoja, kad tokios teisės vis tiek turėtų būti gerbiamos, strategiškai siekiant gauti naudos ilgalaikėje perspektyvoje, net jei kokiu nors izoliuotu atveju, imant skyrium, nauda ir prarandama.

Ši argumentacijos forma čia netinka. Aš nekėliau klausimo, ar strategija leisti tironams atimti vienam asmeniui priklausančius dalykus ir atiduoti juos kitiems yra išmintinga socialinės gerovės maksimizavimo ilgalaikėje perspektyvoje požiūriu. Aš klausiau, ar istorijoje apie Amartya'ų ir Dereką Visuomenė 2 kokiu nors atžvilgiu yra pranašesnė už Visuomenę 1. Utilitaristas, tardamas, jog Amartya'u gautų daugiau naudos, nei Derekas prarastų, galėtų atsakyti, jog ji yra pranašesnė. Jis galėtų pasakyti, jog jeigu mes apsiribojame atidžiu tik šio atvejo nagrinėjimu, Visuomenė 2 yra visais atžvilgiais geresnė, nes joje yra daugiau laimės arba mažiau kančios, ar dar ko nors. Tačiau jis pridurtų, kad vis tiek turėtume susaistyti tironą norma, draudžiančia turto perdavimą, nes nors toks aktas tuo momentu situaciją padaro geresnę, jo padariniai ateityje situaciją padarytų daug blogesnę. Ši perskyra svarbi, nes utilitaristas, kuris laikosi šios požiūrio, turi pripažinti, jog jeigu tirono aktas neturėtų priešingų naudos atžvilgiu pasekmių ilgalaikėje perspektyvoje, kurias utilitaristas įsivaizduoja (dėl to, kad aktas būtų laikomas paslaptyje, arba dėl to, kad būtų nustatyta priimtinai apibrėžta jo remiamos normos išimtis ir jos būtų laikomasi), tai tironas *turėtų* veikti būtent taip. Net jeigu utilitaristas tvirtina, kad norma, draudžianti perduoti turtą, visais atvejais padidins naudą ilgalaikėje perspektyvoje, jis vis dėlto pripažįsta, kad šis tas vertinga dėl tos normos prarandama – būtent nauda, kuri būtų buvusi gauta, jei ne ta norma.

Gerovės didintojo atsakymas į mano klausimą apie Amartya'ų ir Dereką – jog ekonominė analizė nerekomenduotų teisinių normų komplekso, leidžiančių tironui perduoti knygą be kompensacijos, – yra paprasčiausiai išsisukinėjimas. Lygiai taip pat kaip atsakydamas, kad rinkos mainai teikia pačią patikimiausią informaciją apie vertę,

jis neteisingai suvokia mano istorijos esmę. Aš vis dar klausiu, ar situacija kokia nors prasme tampa geresnė, jei perduodamas turtas. Jeigu Visuomenė 2 jokiu atžvilgiu nėra pranašesnė už Visuomenę 1, jas imant savaime, tai socialinė gerovė nėra net ir vienas iš kelių socialinės vertės komponentų.

Tačiau iki šiol aš laikiausi prielaidos, jog jūs sutiksite su manimi, kad Visuomenė 2 nėra pranašesnė. Gal aš neteisus. Gal jūs norėsite sakyti, jog situacija yra *pro tanto* geresnė, jei gėrybės yra rankose tų, kurie mokėtų daugiau, kad jas įsigytų. Jeigu Jūs norite taip sakyti, tai, spėju, dėl to, kad darote tolesnę prielaidą, ir štai kokią: jeigu Derekas imtų tik 2 dolerius už tą knygą, o Amartya'us mokėtų 3 dolerius, tai knyga suteiks didesnę satisfakciją Amartya'ui, nei ji teikia Derekui. Kitaip tariant, jūs tariate, jog perdavimas padidins visuotinę naudą, ne tik turtą. Tačiau bent jau Posneris dabar atvirai kalba, kad turtas yra konceptualiai nepriklausomas nuo naudos. Jis dabar pripažįsta, jog asmenų padėties gretinimas naudos atžvilgiu yra prasmingas, ir skelbia, jog gausėjant turtui gali sumažėti nauda ir *vice versa.*[113] (Jis remiasi tokiais atvejais, grįsdamas savo argumentą, jog ekonominė analizė yra pranašesnė už utilitarizmą kaip moralinę teoriją.)

Tad privalau savo pavyzdį detalizuoti. Derekas gyvena skurdžiai ir yra ligotas bei suvargęs, ir ta knyga yra vienas iš nedaugelio jam paguodą teikiančių dalykų. Jis linkęs ją parduoti už 2 dolerius tik dėl to, kad jam reikia vaistų. Amartya'us yra turtingas ir laimingas. Jis nusiteikęs išleisti 3 dolerius tai knygai, – o tai labai maža jo turto dalelė, – kad galėtų, neįtikėtino šanso valia, galbūt kada nors ją perskaityti, nors žino, jog greičiausiai neperskaitys. Jeigu tironas perduoda turtą be jokios kompensacijos, suminė nauda smarkiai nukris. Tačiau turtas, pagal jo specifinį apibrėžimą, išaugs. Aš neklausiu, ar jūs pritartumėte tirono veiksmui. Aš klausiu, ar – jeigu tironas atlieka tą veiksmą – situacija kokia nors prasme bus suvoktina kaip pagerėjimas. Manau, jog ne. Tokiomis aplinkybėmis tai, jog gėrybės yra rankose tų, kurie mokėtų daugiau, kad jas įsigytų, yra lygiai taip pat morališkai nerelevantiška, kaip ir knygos buvimas alfabetiškai pirmesnės iš šalių rankose.

Kai socialinis turtas atsiejamas bent jau nuo naudos, bet kokį įtikinamumą praranda teiginys, kad jis yra vertės komponentas. Jis netenka net to apgaulingo patrauklumo, kurį utilitarizmui teikia visuomenės personifikacija. Kartais utilitaristai sako, jog kadangi individo padėtis būtinai yra geresnė, jei jis patiria daugiau suminės laimės per visą savo gyvenimą, nors ir mažiau jos patiria daugeliu atskirų dienų, tai ir visuomenės padėtis turi būti geresnė, jei ji patiria daugiau suminės laimės, pasiskirstančios tarp jos narių, nors daugelis iš šių narių jos patiria mažiau. Manau, šis aiškinimas blogas dviem skirtingomis prasmėmis. Pirma, netiesa, jog individo padėtis būtinai yra geresnė, jei per savo gyvenimą jis patiria daugiau suminės laimės, kad ir kaip ji pasiskirstytų. Kas nors tikrai galėtų atiduoti pirmenybę gyvenimui, kuriame patirtų mažiau suminio malonumo, nei vargingam gyvenimui, kuriame pasitaikytų vienas nepaprastai ekstaziškas mėnuo, ir priesaiką sulaužęs Klarensas nebūtų iš naujo išgyvenęs savo košmaro – „tarytum pirkt laimingąsias dienas" (*Though 'twere to buy a world of happy days*).[114] Antra, visuomenė ne taip pat susijusi su individualiais piliečiais, kaip individas susijęs su savo gyvenimo dienomis. Tad ši analogija yra vienas iš būdų sau leisti dvilypę „nerimto požiūrio į skirtumą tarp žmonių" nuodėmę.

Tačiau panašus argumentas, grindžiamas socialinio turto maksimizavimu, yra daug blogesnis. Netiesa net ir tai, jog individo padėtis yra būtinai geresnė, jei jis turi daugiau turto, – jeigu manoma, jog tai, ar turima daugiau turto, nepriklauso nuo informacijos apie naudą. Posneris pripažįsta, kad turto pagausėjimas nebūtinai padidina laimę. Jis turėtų pripažinti ir tai, jog turtui augant kartais patiriama laimės nuostolių, nes, kaip jis sako, turtas nėra tai, ko nori žmonės, ir daugiau turto gali sužlugdyti šiuos kitus norus. Toks teiginys visgi labiau pridera sentimentaliam romanui ir visiškai nesentimentalioms pasakoms. Nagi tarkime, kad individas turi pasirinkti arba gyvenimą, kuris padarys jį laimingesnį (arba leis save geriau realizuoti, arba atneš daugiau sėkmės pagal jo paties supratimą, ar bus geresnis kokiais kitais atžvilgiais), arba gyvenimą, kuris padarys jį turtingesnį pinigų arba pinigų ekvivalento. Jo atveju būtų neišmintinga pasirinkti

antrąjį. Juk pasirinkdamas pirmąjį, – o čia ir visa esmė, – jis nepraranda ir nepaaukoja nieko vertingo. Nėra taip, kad jis turėtų, viską pasvėręs, atiduoti pirmenybę pirmajam, pripažindamas, jog šiuo sprendimu jis paaukoja kažką vertingo, ką būtų turėjęs, jei būtų pasirinkęs antrąjį. Pinigai ar jų ekvivalentas yra naudingi tiek, kiek įgalina gyventi vertingesnį, sėkmingesnį, laimingesnį ar moralesnį gyvenimą. Tas, kuris juos laiko kažkuo daugiau nei tai, yra mažo žalio popierėlio fetišistas.

Svarbu pažymėti, kad Dereko ir Amartya'aus istorija rodo ne tik radikaliosios, bet ir santūriosiosios teorijos, kad socialinis turtas yra vertės komponentas, versijos nesėkmę. Mat ši istorija rodo ne tik tai, jog turto prieaugį gali nusverti naudos ar teisingumo, ar dar kokie kiti nuostoliai. Ji rodo, jog socialinio turto prieaugis, imant tik jį patį, nepriklausomai nuo jo kaštų ar kitų gerų arba blogų pasekmių, apskritai nėra jokia nauda. Tai paneigia ir santūriąją, ne tik radikaliąją teoriją. Todėl pasinaudosiu šia proga ir pakomentuosiu gerai žinomą idėją, kuri, pagal pačią įtikinamiausią jos interpretaciją, siūlo santūriąją teoriją, t. y. teoriją, kad socialinis turtas yra vienas iš daugelio socialinės vertės komponentų.

Tai idėja, jog teisingumas ir socialinė gerovė gali būti protingai suderinti kompromiso būdu, paaukojant kažkiek vieno, kad būtų pasiekta daugiau kito. Pavyzdžiui, Guido Calabresi savo knygą *Nelaimingų įvykių kaštai* (The Costs of Accidents) pradeda teigdamas, jog nelaimingus įvykius reguliuojanti teisė turi du tikslus, kuriuos jis nusako žodžiais „teisingumas" ir „kainos sumažinimas", taip pat pažymi, jog šie tikslai gali kartais konfliktuoti, todėl yra būtinas „politinis" pasirinkimas sprendžiant, kurio tikslo dera laikytis.[115] Tą pačią mintį norima iliustruoti ir indiferencijos kreivėmis, kurias teko matyti braižomas nesuskaičiuojamoje daugybėje lentų, erdvėje, apibrėžiamoje ašių, iš kurių viena – su antrašte „teisingumas" (arba kartais – „moralė"), o kita – „socialinė gerovė" (arba kartais – „efektyvumas").

Kieno indiferencijos kreives norima nubrėžti toje erdvėje? Įprastas pasakojimas kalba apie „politinį" arba „kolektyvinį" pasirinkimą,

kuriuo „mes“ apsisprendžiame, kiek teisingumo esame nusiteikę paaukoti didesnio turto labui arba *vice versa*. Norime pasakyti, kad kreivės vaizduoja individualius pasirinkimus (arba kolektyvines individualių pasirinkimų funkcijas), atmetančius alternatyvius visuomenės modelius, apibrėžiamus kaip kitokių teisingumo ir turto kombinacijų vieta. Tačiau kokios rūšies sprendimą tariama padarius individą, kurio preferencijos šitaip reprezentuojamos? Ar tai visuomenės, kurioje mes norėtume gyventi, pasirinkimas, ar visuomenės, kurią jis laiko geriausia moralės ar kitos normatyvinės perspektyvos požiūriu, pasirinkimas? Mes savo ruožtu turėsime apsvarstyti šias dvi interpretacijas.

Galima manyti, jog pagal pirmąją interpretaciją savanaudiškas interesas veikia tiesiogiai, teisingumui antagonistišku būdu, kaip tuo atveju, kai individualiai apsisprendžiama, ar gyventi tobulai teisingą gyvenimą ir pasmerkti save skurdui, ar rinktis gyvenimą, kuriame kartais veiksi neteisingai, tačiau būsi turtingesnis, ar gyvenimą, kuriamą daugeliu labai neteisingų aktų, kuris tave padarys dar turtingesnį. Kadangi aš manau, jog žmonės gali griebtis (ir dažnai griebiasi) veiksmų, kuriuos jie žino esant neteisingus, pripažįstu, jog individai teisingumą „aukoja kompromisui“, siekdami asmeninės gerovės savo gyvenime. Tačiau kokia prasmė tarti, kad jie teisingumą aukoja ne savo pačių gyvenimo gerovės labui, o visuomenės turtui, kaip jį apibrėžia ekonominė analizė?

Gal tai reiškia, jog pirmenybę visuomenei, kuri, kaip visuma, turi daugiau, o ne mažiau turto, individas atiduoda dėl to, kad pagal apriorinę tikimybę turtingesnėje visuomenėje jis ir asmeniškai turės daugiau turto. Šitai tas tariamas preferencijas daro tam tikra prasme panašias į tas, kurios veikia Rawlso aprašytoje pradinėje padėtyje. Individai renkasi teisingumo ir efektyvumo kombinaciją, tikėdamiesi dramatiško netikrumo sąlygomis maksimizuoti savo individualią naudą; arba taip suvokiamą perspektyvinį naudos prieaugį jie įsigyja visuomenės teisingumo nuostolių kaina. (Tai visai kas kita nei pasirinkimas, daromas paties Rawlso pradinės padėties versijoje, pagal kurią žmonių atliekama savo apriorinio savanaudiško intereso mak-

simizacijos kalkuliacija turi ne parodyti kokį nors kompromisą su teisingumu, o įrodyti – Rawlsui, ne jiems, – kokie principai konstituoja teisingumą.)

Individai būtų klaidinami, jei šiame procese jiems būtų patariama socialinio turto augimą laikyti kokiu nors jų pačių apriorinės gerovės augimo rodikliu, net ir netikrumo dėl jiems teksiančio vaidmens sąlygomis. Tiesiog tomis sąlygomis jie remsis visai kitokiais rodikliais. Tai, kokius rodiklius jie pasitelks, priklausys nuo to, ar savo preferencijas visuomenės atžvilgiu jie nusprendžia formuluoti naudos kalba, ar turto kalba. Tai, kurią kalbą jie vartoja, – naudos ar individualaus turto kalbą, – priklausys nuo kalkuliacijų, parodančių, kuris žodynas praktiškai maksimizuos apriorinę gerovę. Jeigu jie pasirenka naudos kalbą, tai, kaip teigia Hirsanyi ir Mackie bei kiti, savo apriorinės gerovės maksimizacijos surogatu jie pasirinks vidutinę naudą. Jeigu jie pasirenka (kaip jiems, manau, ir dera) individualaus turto kalbą, kaip tokio surogato jie tikrai nepasirinks tos individualaus turto funkcijos, kurią konstituoja socialinis turtas, kaip jį apibrėžia ekonominė teisės analizė. Tai būtų beprotiška. Tokiu surogatu jie taip pat nesirinks vidutinio individualaus turto – dėl per mažo naudos efekto. Geresnis patarimas jiems būtų pasirinkti, pavyzdžiui, kokį nors individualaus turto maksiminui daug artimesnį standartą, o toks yra Rawlso antrasis principas. Aš nemanau, jog jie pasirinktų tik maksiminą, – jie numatytų tam tikro naudos prieaugio tiems, kurių padėtis geresnė, galimybę, – jeigu ta nauda pakankamai didelė, – naudos, kuri nusvertų mažus nuostolius tiems, kurių padėtis blogesnė. Tačiau jeigu jie turėtų rinktis tik arba maksiminą, arba didžiausią socialinį turtą, jie, be abejo, pasirinktų pirmąją alternatyvą.

Tačiau visa tai, žinoma, yra nesvarbu. Calabresi ir kiti įsivaizduoja realius politinius sprendimus – jie mano, jog ekonominė teisės analizė yra naudinga tuo, kad parodo, kiek turto prarandama, jeigu pasirenkama kokia kita vertybė. Tačiau tuo atveju turto ar efektyvumo ašies, kaip ji dažniausiai pateikiama indiferencijos kreivėse, negalime suprasti kaip sprendinių dėl apriorinės individualios gerovės netikrumo sąlygomis surogato. Tą ašį turime suprasti kaip reprezen-

tuojančią sprendinius dėl individualios gerovės, reikalaujančios kompromiso su teisingumu, turėdami omenyje realų kontekstą. Tuomet matysime, jog *jokiam* konkrečiam individui nerūpi socialinis turtas (ar kažkoks Pareto efektyvumas). Jam nėra prasmės išvis ką nors aukoti kompromisui *tuo tikslu,* ką jau kalbėti apie kompromisą su teisingumu. Jam rūpės jo individualus likimas, o kadangi, pagal hipotezę, jis dabar žino savo realią poziciją, jis gali pasirinkti iš alternatyvių visuomenės modelių, mėgindamas rasti kompromisą tarp teisingumo ir savo individualios gerovės padidėjimo šių skirtingų visuomenių sąlygomis. *Socialinis* turtas (ar Pareto efektyvumas) šiose kalkuliacijose nevaidina jokio vaidmens.

Imkimės antrosios tariamo kompromisinio pasirinkimo interpretacijos. Iš individo reikalaujama apsispręsti, kuri teisingumo ir gerovės kombinacija, į viską atsižvelgiant, reprezentuoja ne visuomenę, kurioje jis, kaip individas, turintis tiek moralinių, tiek savanaudiškų motyvų, norėtų gyventi, o morališkai geriausią visuomenę. Dabar pati kompromiso tarp teisingumo ir gerovės idėja tampa mįslinga. Jeigu individas turi pasirinkti morališkai geriausią visuomenę, kodėl neturėtų būti svarbus vien jos teisingumas?

Galėtume tikėtis vieno iš dviejų atsakymų į šį klausimą. Pirmajame galėtų būti sakoma, jog teisingumas yra ne vienintelė geros visuomenės dorybė. Normatyvinės perspektyvos požiūriu, be abejo, prasminga kalbėti apie kompromisą tarp teisingumo ir kultūros, taip pat apie kompromisą tarp teisingumo ir socialinio turto, kaip dviejų savarankiškų, kartais konkuruojančių socialinių vertybių. Antrasis atsakymas skiriasi savo forma, tačiau panašus dvasia. Jis taria, jog kai žmonės kalba apie kompromisą tarp teisingumo ir socialinės gerovės, žodį „teisingumas" jie vartoja nurodyti tik daliai to, ką šis žodis reiškia šnekamojoje kalboje ir politinėje filosofijoje – t. y. jie jį vartoja nurodyti paskirstomiesiems ir meritokratiniams ar nuopelnų teisingumo – platesne prasme – bruožams. Jie turi galvoje kompromisą tarp tų specifinių teisingumo aspektų ir kitų aspektų, aprėpiamų „turto maksimizavimo" rubrikos.

Šie du atsakymai panašūs dvasia, nes jie abu remiasi prielaida,

kad turto maksimizavimas yra socialinės vertės komponentas. Pirmajame turto maksimizavimas traktuojamas kaip komponentas, galintis konkuruoti su teisingumu, o antrajame – kaip teisingumo komponentas, bet galintis konkuruoti su kitais tos sampratos komponentais. Abu atsakymai dėl šios priežasties subliūkšta. Absurdiška turto maksimizavimą laikyti vertės komponentu teisingumo sampratos sudėtyje ar kitame kontekste. Prisiminkite Dereką ir Amartya'ų.

Žinoma, jeigu kas nors neigia, jog turtas yra vertės komponentas, bet tikina, jog kartais jis yra instrumentas siekti vertės – viena iš prasmių, kurias išskyrėme anksčiau šioje esė, – jis nekalbėtų apie kompromisą tarp teisingumo ir turto. Arba jis veikiau susipainiotų, jei apie tai kalbėtų. Nėra prasmės kalbėti apie priemonių ir tikslų kompromisą arba apie tai, jog žmonės neturi nuomonės apie skirtingas tam tikrų priemonių ir tikslo, kuriam jas tariama tarnaujant, kombinacijas. Tas, kuris šitaip kalba, turi turėti galvoje visiškai ką kita. Jis galėtų turėti galvoje, pavyzdžiui, tai, jog kartais mums geriau sekasi siekti trokštamo tikslo, jeigu siekiame tik to, kas yra (šia prasme) priemonės. Tai „netikro taikinio" instrumentinė teorija, kurią minėjau anksčiau ir svarstysiu vėliau. Ši teorija visiškai iškreipiama, kai nusakoma kaip reikalaujanti kokio nors kompromiso tarp teisingumo ir ko nors kito.

Tačiau tarkime, jog aš klydau, kompromisą, nusakomą įprastinėse indiferencijos kreivėse arba tokiuose tekstuose kaip Calabresi'o, suprasdamas kaip individualių preferencijų dalyką arba kaip kokią nors kolektyvinę individualių preferencijų funkciją. Gal to pasirinkimo intencija yra pasirinkti visuomenę kaip visumą, suvokiamą kaip sudėtinį darinį. Aš manau, jog šitaip tą pasirinkimą mentaliai – bet nereflektuodami – vaizduojasi daugelis tų, kurie kalba apie kompromisus tarp teisingumo ir turto. Jie turi galvoje personifikuotą bendruomenę, kaip tai, ką nurodo „mes" propozicijoje, jog „mes" norime tokios ir tokios visuomenės. Kai šį įsivaizdavimą matome aiškiai, turime nuo jo atsiriboti. Tai kvaila ir žalinga personifikacija.

Net jeigu visuomenė personifikuojama šiuo kvailu būdu, lieka mįslė, kodėl šitaip suvokiama visuomenė norėtų kompromiso tarp

teisingumo ir turto. Pirma, turto pasirinkimas, kurį manoma esant nepriklausomą nuo informacijos apie naudą, nebūtų prasmingesnis dalykas kalbant apie visuomenę kaip sudėtinį asmenį nei kalbant apie individus kaip realius žmones. Antra – ir tai mums labiau rūpi – būtų prarasta „teisingumo" referencija. Teisingumas (bent jau kai klausiama apie kompromisą) yra paskirstymo dalykas – santykio tarp individų, kurie sudaro visuomenę, dalykas arba santykio tarp visuomenės kaip visumos ir šių individų dalykas. Kai personifikuojame visuomenę, kad socialinį pasirinkimą paverstume individualiu pasirinkimu, nebelieka nieko, ką reikėtų svarstyti teisingumo aspektu. Personifikuotajai visuomenei, žinoma, tai pat gali rūpėti sistemos ar paskirstymo tarp jos narių klausimai. Tačiau tokios tvarkodaros dimensijos neapima teisingumo dimensijos. Individui rūpi naudos ar patirčių pasiskirstymas jo gyvenimo dienų visumoje. Tačiau jam tai rūpi ne teisingumo aspektu.

Nė viena iš šių kompromiso tarp teisingumo ir turto interpretacijų nėra prasminga. Viliuosi, jog ši idėja, kad ir kokia įprasta, greit išnyks iš ekonominės ir politinės teorijos. Dabar mano svarstomas argumentas yra fundamentalesnio pobūdžio. Ligi šiol argumentacija buvo lygiai tokia pat negailestinga santūriųjų normatyvinių teiginių, teikiamų ekonominei analizei, atžvilgiu – tokių kaip tie, kuriuos siūlo Calabresi, – kaip ir radikaliųjų Posnerio teiginių, išskleistų visu jų grožiu, atžvilgiu.

Dabar imuosi teiginio, kad visuomenė, turinti daugiau turto, yra geresnė, nes turtas tam tikru svarbiu instrumentiniu ryšiu susijęs – kaip idealas arba kaip ingredientas, arba kaip netikras taikinys – su kokiu nors nepriklausomu vertės komponentu. Tam tikras instrumentinio teiginio versijas apibūdinau kaip „griežtas", ir turime stengtis atskirti šiuos teiginius nuo silpnesnių teiginių. Silpnas instrumentinis teiginys tiesiog sako, kad kartais socialinio turto pagausėjimas lemia kitos rūšies pagerėjimą. Akivaizdu, jog kartais išties taip yra – dėl įvairių priežasčių. Jeigu, pavyzdžiui, teisėjai gali dramatiškai padidinti turtą kokiu nors sprendimu, kurį jie ir priima, tai per kokį ketvirtį amžiaus

kiekvieno, tuo metu gyvenančio, padėtis gali tapti geresnė nei būtų buvusi, jei tas prieaugis nebūtų buvęs produkuotas, – tapti geresnė dėl to, kad išaugęs turtas bus paskirstomas politiniais veiksmais taip, kad net ir skurdžiai gyvenantieji turės naudos, arba dėl to, kad būtent tokį rezultatą produkuos koks nors nematomos rankos mechanizmas be jokio tiesioginio politinio veiksmo. Tačiau silpnasis instrumentinis teiginys – jog kartais šitaip bus – yra nepakankamas norint argumentuoti tai, jog teisėjai turėtų pripažinti turto maksimizaciją kaip vieninteli kriterijų, patvirtinantį bendrosios teisės keitimo būtinumą ar netgi pakeitimų kokioje nors konkrečioje bendrosios teisės srityje ar padalinyje reikalą. Šis argumentas reikalauja griežtosios tezės, jog teisėjai, kurie pripažįsta tą vienintelį kriterijų, produkuos daugiau to, kas yra nepriklausomai vertinga, kaip antai lemtų skurdo mažėjimą, nei tuo atveju, jei jie priimtų skirtumams jautresnį kriterijų ir mėgintų maksimizuoti turtą tik tais atvejais, kai turi kokį nors ypatingą pagrindą manyti, jog šitaip padidins nepriklausomą vertę.

Tai svarbus momentas. Skirtumas tarp griežtojo ir silpnojo instrumentinių teiginių matuotinas ne vien apimties atžvilgiu. Griežta teorija neturi teigti, jog teisėjai privalo laikytis turto maksimizavimo siekio kaip vienintelio savo sprendimų standarto visose bylose ar netgi visose baudžiamosiose bylose, ar visose delikto bylose – nors juo platesnės apimties teiginys, juo jis įdomesnis. Tačiau ta teorija turi teigti, jog teisėjai turėtų beatodairiškai laikytis turto maksimizacijos siekio visose bylose, priskiriamose tam tikrai klasei, kuri specifikuojama nepriklausomai nuo paties instrumentinio teiginio, – t. y. specifikuojamose ne kaip „bylos, kuriose turto maksimizavimas iš tikrųjų produkuos tikrąjį tikslą“. Jeigu į normatyvinę ekonominės analizės dalį neįeina bent koks griežtas šios rūšies teiginys – jeigu ji remiasi tik silpnu ir neišplėtotu teiginiu, jog kartais turto siekimas atves prie kitų gerų rezultatų, – tai tos teorijos normatyvinė dalis yra nuobodi ir klaidinama: nuobodi, nes niekas tokio teiginio neginčys, o klaidinama dėl to, kad teorija tuomet turėtų būti pavadinta ne turto vardu, o iki šiol nespecifikuoto tikrojo tikslo, kuriam, kaip manoma, kartais tarnauja turtas, vardu.

Todėl turiu daryti prielaidą, jog jeigu ekonominė analizė atmeta turto kaip vertės komponento sampratą ir tik tvirtina, kad turto maksimizavimas yra instrumentas siekti kokio nors kito konceptualiai nepriklausomo tikslo ar vertybės, tai ji pasisako už kokią nors griežtą tos instrumentinės sąsajos formą, tačiau nedarysiu prielaidos, jog griežtas teiginys, kurį ji teikia, yra tam tikros apibrėžtos apimties. Griežta tezė neturi tarti (žinoma, ji neturi ir neigti), jog kiekvienu iš atvejų teisminis sprendimas, maksimizuojantis socialinį turtą, priartins prie tikrojo tikslo. Tačiau ji turi parodyti, kodėl – jeigu kai kuriais atvejais turto maksimizacija neturės to pageidaujamo efekto – vis tiek yra strategiškai išmintinga laikytis gerovės maksimizacijos siekio visais atvejais, kurie patenka į to teiginio apimtį.

Bet koks griežtas teiginys, net ribotos apimties, turi nurodyti nepriklausomą tikslą ar vertybę, kurioms, kaip jis taria, instrumentiškai tarnaujama maksimizuojant socialinį turtą. Ekonominės analizės šalininkai gali turėti galvoje pačias įvairiausias nepriklausomas vertybes arba kokią nors struktūruotą ar intuicionistinę skirtingų nepriklausomų vertybių kombinaciją. Mes negalime patikrinti instrumentinio teiginio, ginančio turto maksimizavimą, jeigu nepriklausoma vertybė ar jų kombinacija nėra bent apytikriai konkretizuota.

Nuostabu tai, jog nepaisant tariamo ekonominės analizės populiarumo, būta nedaug mėginimų šitai padaryti. Šis vengimas patvirtina mano požiūrį, jog daugelis teisininkų nekritiškai rėmėsi prielaida, jog turtas yra bent jau vertės komponentas. Tačiau naujame straipsnyje bei – daug aiškiau – pastabose, rengtose neseniai vykusiai konferencijai, Posneris siūlo kitokių instrumentinių teiginių galimybę – teiginių, kuriuos jis bent jau galėtų jausti pagundą teikti.[116] Jis sako, jog turto maksimizavimas yra vertybė todėl, kad visuomenė, kuri turto maksimizavimą laiko savo pagrindiniu politinių sprendimų standartu, išplėtos kitus patrauklius bruožus. Konkrečiai, ji gerbs individualias teises, skatins ir atlygins įvairias „protestantiškas" vertybes bei suteiks paskatą ir veiksmingumą žmonių impulsams kurti vienas kitam naudą. Posneris mano, jog jai geriau seksis palaikyti šiuos patrauklius bruožus ir pasekmes negu visuomenei, kuri savo pagrin-

diniu politinių sprendimų standartu laiko utilitarizmą arba kokią nors „kantišką“ poziciją.[117]

Šis argumentas yra griežto instrumentalistinio kauzalinės rūšies teiginio formos. Jis labai platus. Jis apibrėžia visuomenės bruožų kompleksą – individualios teisės, simpatiškos dorybės ir žmogiški instinktai, – kuriuos galima įtikinamai laikyti vertės komponentais. Tuomet jis teigia, jog „teisingos“ šių bruožų kombinacijos geriausia siekti beatodairiškai susitelkiant į turto maksimizaciją, kaip politinių sprendimų standartą, įskaitant teisminius sprendimus. Tačiau kai paklausiame, kokių argumentų jis galėtų pateikti šiam griežtam ir plačiam instrumentalistiniam teiginiui paremti, prasideda keblumai.

Galime pradėti nuo teiginio, jog turto maksimizavimas paskatins gerbti individualias teises. Visuomenė, kuri užsibrėžia maksimizuoti socialinį turtą, reikalaus kokio nors teisių priskyrimo nuosavybei, darbo jėgai ir taip toliau. Tai konceptualinis reikalavimas, nes vertė yra matuojama tuo, ką žmonės yra nusiteikę sumokėti, – pinigais ar jų ekvivalentu, – tačiau niekas negali mokėti pinigų, kurių neturi kaip nuosavybės, arba skolintis, jeigu neturi ką įkeisti arba jeigu kiti neturi ką paskolinti. Visuomenė, apsisprendusi maksimizuoti turtą, turi tiksliai nusakyti, kokias teises žmonės turi į pinigus, darbo jėgą ar kokią kitą savybę, kad būtų galima nustatyti, kas jiems priklauso kaip turtas, kurį jie gali išleisti, taigi ir nustatyti, kokiu atžvilgiu turtas išaugo. Tačiau visuomenė nėra geresnė tiesiog dėl to, kad nustato, jog tam tikri žmonės turi teisę į tam tikrus dalykus. Pažvelkime į Pietų Afriką. Viskas priklauso nuo to, kokias teises visuomenė pripažįsta, ir nuo to, ar tos teisės turėtų būti pripažintos remiantis kokiu nors nepriklausomu kriterijumi. Kitaip tariant, tai, jog turto maksimizavimas veda prie tam tikrų individualių teisių pripažinimo, negali tapti instrumentiniu teiginiu gerovės maksimizavimui apginti, jeigu moralinės tų teisių vertės labui galima pasakyti tik tai, jog būtent šias teises pripažintų turto maksimizavimo sistema.

Tačiau esama pavojaus, kad Posnerio argumentas taps nelogiškas būtent tokiu būdu. Pagal ekonominę teisės analizę, teisės *turėtų* būti priskirtos instrumentiškai, taip, jog teisių priskyrimas spartins turto

maksimizaciją. Tai pagrindinė turto maksimizacijos standarto funkcija teisminiame kontekste. Prisiminkime gydytojo ir saldainių gamintojo atvejį. Teismui buvo pateiktas klausimas, ar turėtų būti pripažinta, jog gydytojas turi teisę sustabdyti triukšmingąją mašiną. Ekonominė analizė nedaro prielaidos, jog esama kokio nors nepriklausomo moralinio argumento pagrįsti tos teisės suteikimui ar nepripažinimui. Taigi, ginant ekonominę analizę, *negalima* teigti, jog ji nurodo tai, kas yra nepriklausomai – moraliniais pagrindais – teisingas atsakymas. Priešingai – ji teigia, jog teisingas atsakymas yra teisingas tik dėl to, kad tas atsakymas ugdo socialinę gerovę.

Be to, argumento – jog teisių priskyrimas turi būti instrumentinis – apimties Posneris neapibrėžia tuo, ką galima būtų pavadinti ne tokiomis svarbiomis teisėmis, kaip antai teisė į sankcijas viešosios rimties pažeidimų atveju arba teisė į kompensaciją už žalą, nulemtą aplaidumo. Priešingai – jis aiškiai sako, jog tas pats kriterijus turi būti naudojamas nustatyti pačioms fundamentaliausioms piliečių žmogaus teisėms, įskaitant jų teisę į gyvenimą ir teisę kontroliuoti savo darbą, o ne būti kitų vergais. Svarbia turto maksimizacijos dorybe jis laiko tai, jog ji paaiškina, kodėl žmonės turi tas teises. Tačiau jeigu turto maksimizacija turi būti tik instrumentinė vertybė – o būtent šią hipotezę dabar svarstome, – tai turi būti koks nors nepriklausomas moralinis teiginys, pagrindžiantis teises, kurias rekomenduoja turto maksimizacija. Šios teisės negali turėti moralinio imperatyvumo mums tiesiog dėl to, kad tų teisių pripažinimas skatina turto augimą.

Todėl tarkime, jog Posneris mano, kad žmonės turi teisę į savo kūnus ir teisę nukreipti savo darbą, kaip jie nori, dėl kokios nors nepriklausomos moralinės priežasties. Tarkime, kad jis taip pat teigia, jog turto maksimizacija turi instrumentinę vertę, nes visuomenė, kuri maksimizuoja turtą, pripažins būtent tas teises. Lieka rimtas konceptualinis keblumas. Šis aiškinimas suponuoja, jog socialinė tvarka, saistoma vien turto maksimizacijos, kur nedaromi jokie nepriklausomi sprendiniai dėl išteklių paskirstymo, pripažins „natūralaus" savininko teises į nuosavą kūną ir darbo jėgą. Taip iš tiesų yra tik tuo atveju, jeigu tų teisių prielaidą galima pateisinti turto maksimizacijos

testu, o šitai numato, jog jeigu teisės į „natūralaus savininko" kūną ar darbo jėgą priskiriamos kam nors kitam, „natūralus savininkas" vis tiek turi būti nusiteikęs ir pajėgus įsigyti šias teises, bent jau tuo atveju, jeigu mes tariame, jog transakcija nieko nekainuoja.

Tačiau mes negalime suvokiamai spekuliuoti apie tai, ar kas nors pirktų teisę į savo paties darbo jėgą, jeigu nedarome kokių nors prielaidų dėl turto paskirstymo. Posneris tai pripažįsta. Išties šį pavyzdį – apie asmens galią įsigyti teisę į savo paties darbo jėgą, jeigu jis paverčiamas vergu, – jis naudoja gindamas mintį, jog tai, ar asmuo gali įsigyti tą teisę, priklauso nuo jo ir kitų turto, konkrečiai nuo to, kokią to turto dalį sudaro tos teisės kaina. Jis sako, jog tokiu atveju „ekonominė analizė neprognozuoja vienintelio galimo išteklių paskirstymo, nebent yra apibrėžtas pradinis teisių priskyrimas.[118]" Jeigu A yra B vergas, jis gali neišgalėti išsipirkti teisės į savo darbo jėgą; tačiau jeigu jis nebūtų vergas, B negalėtų nusipirkti iš jo tos teisės. Jeigu ekonominė analizė asmens pradinę teisę į savo paties darbo jėgą daro priklausomą nuo to, ar jis pirktų tą teisę, jeigu ši būtų priskirta kam kitam, tos teisės negalima „išvesti" iš ekonominės analizės, jei jau iš anksto nežinome, kas pirmapradiškai turi tą teisę. Paaiškėja, jog susidūrėme su ydingu ratu. Negalime apibrėžti pradinio teisių priklausymo, jeigu neatsakome į klausimus, į kuriuos negalima atsakyti, jei neapibrėžiamas pradinės teisių priklausymas.

Ar galime pralaužti šį ratą? Galėtume, pavyzdžiui, nustatyti sąlygą, jog turime kelti klausimą, kas ką pirktų pirmykštėje būklėje, kai niekas neturi jokių teisių į nieką. Aš darau prielaidą, jog šitai reiškia ne tik tai, jog niekas dar nėra savo paties darbo jėgos savininkas, bet ir tai, jog niekas neturi jokių pinigų, pinigų ekvivalento ar dar ko nors. Tuo atveju klausimas yra bereikšmis arba, jei ir turi reikšmę, tai atsakymas yra tas, jog niekas nieko nepirktų.

Galėtume, siekdami įtikinamumo, nusistatyti sąlygą, jog tą klausimą turime kelti *dabarties* kontekste, t. y. turėdami galvoje dabarties momentą, kai *kitos* teisės, įskaitant turtines, jau egzistuoja (tai netaps kliūtimi vėl iškelti tą klausimą vėliau, kai įtarus, jog galėtų būti įmanomas kitoks atsakymas). Regis, esama aiškaus atsakymo į

klausimą, kas šiomis aplinkybėmis tą teisę vertina labiau. Norėdami patikrinti tą teiginį – jog turto maksimizacija teisę į nuosavą darbo jėgą priskirtų (be dvejonių) „natūraliam savininkui", – mes tariame, jog iš tam tikros lengvai identifikuojamos žmonių grupės (sakykime, tų, kurių intelekto koeficientas yra per 120) atimama teisė į savo darbo jėgą (galbūt kokia nors antiemancipacine deklaracija) ir priskiriama kitiems. Tų, kurie prarado tas teises, esamas turtas (kaip ir esamas turtas tų, kurie jas įgijo) kitais atžvilgiais lieka nepaliestas. Ar galime pasakyti, jog bent jau dauguma iš tų, kurie prarado savo teises, dabar jas pirktų arba pirktų, jeigu ne transakcijos kaštai?

Turime prisiminti, jog nusiteikimas pirkti šias teises suponuoja išgalę jas pirkti – išgalę sumokėti tai, ko tie, kurie tas teises turi, reikalautų rinkoje. Gali būti, jog jie neišgalėtų – kaip dauguma žmonių šiandien – išsipirkti teisių į savo darbo jėgą, nes jų darbo jėgos vertė prilygsta daugiau nei pusei jų dabartinio turto. Ar jie galėtų reikalingas lėšas pasiskolinti pinigų rinkoje? Posneris užsimena apie tokią galimybę. Jis sako: „Be abejo, principiniai sunkumai, susiję su skolinimusi įkeičiant žmogiškąjį kapitalą, sužlugdytų tam tikras natūralaus savininko pastangas išsispirkti teisę į savo darbo jėgą ... net ir iš to, kuris jos iš tikrųjų nevertintų aukščiau nei jis pats – tačiau šitai tėra tiesiog papildomas motyvas pirmapradiškai pripažinti tą teisę natūraliam savininkui."[119] Tie „principiniai sunkumai" tikriausiai yra transakcijos kaštai ar kitokie rinkos netobulumai, nes Posneris turi labai griežtą nuosataą dėl to, kaip ekonominė analizė turi suprasti veiksmažodį „įvertinti". Kas nors ką nors vertina labiau nei kas nors kitas (ir nuo šito priklauso ekonominės analizės sistema), tik jeigu jis yra nusiteikęs (ir išgali) už tai mokėti daugiau. Jeigu (dėl kitų nei rinkos netobulumai priežasčių) natūralus savininkas yra nepajėgus sumokėti tiek, kiek paimtų teisės savininkas, tai jis jos *ne*vertina labiau.

Tad tarkime, jog „principinius sunkumus" galima įveikti darant prielaidą, kad tas, kuris yra praradęs savo teises į savo darbo jėgą, gali skolintis, užstatydamas savo būsimą darbą pamažinta verte. Ar taip jis gaus pakankami kapitalo, kad galėtume būti tikri, jog jis (ar

dauguma žmonių, kurių padėtis tokia pat kaip jo) išgalės išsipirkti teisę į savo darbo jėgą iš kokio nors kito asmens? Beveik garantuota, jog neišgalės, nes neįtikėtina, jog *monetarinė* jo būsimo darbo vertė jam bus didesnė – šio tikslo atžvilgiu – nei kam nors kitam.

Įsivaizduokime moterį, vardu Agatha, kuri gyvena skurdžiai, tačiau geba taip puikiai rašyti detektyvines istorijas, jog visuomenė negalės atsidžiaugti ir mokės už tiek knygų, kiek tik ji gali parašyti. Tarkime, jog teisė į Agatha'os darbą yra priskirta serui George'ui. Tai reiškia, jog seras George'as gali diktuoti, kaip turi būti naudojamas Agatha'os darbas: ji yra jo vergė. Seras George'as, žinoma, yra apsišvietęs vergvaldys – ta prasme, jog jis nevers Agatha'os dirbti taip sunkiai, kad to, ką ji produkuoja, suminė vertė nusmuktų. Tačiau jis vers ją dirbti balansuojant ties ta riba. Tarkime, jog Agatha, jeigu turėtų teisę į savo pačios darbo jėgą, dirbtų kaip interjero dizainerė ir šiame darbe uždirbtų daug mažiau pinigų, tačiau savo gyvenimą manytų esant daug labiau tenkinantį. Arba tarkime, jog ji parašytų daug mažiau detektyvinių istorijų, nei įstengtų, paaukodama papildomas pajamas tam, kad galėtų leisti laiką savo sode. *Tam tikru* momentu ji veikiau norėtų liautis rašyti, kad pasidžiaugtų tuo, ką padarė, užuot užsidirbusi šiet tiek daugiau pinigų, bet neturėdama laiko apskritai niekuo džiaugtis. Galbūt ji gali dirbti šiek tiek efektyviau, kai dirba sau ir yra pati sau ponia, – tačiau greičiausiai ji dirbs ne tokį pelningą darbą ir beveik neabejotina, jog ji dirbs mažiau.

Jeigu ji sako banko vadybininkui, jog ketina užsiimti interjero dizainu arba dirbti savo sode, ji negalės pasiskolinti net bent kiek panašios sumos į tą, kurios reikia norint iš sero George'o nusipirkti teisę į savo darbo jėgą. Jeigu ji to nepasako, bet vis tiek taip gyvena, ji netrukus pateks į finansinių tarnybų skolininkų registrą. Ji gali pasiskolinti užtenkamai pinigų, netgi padaryti serą George'ą abejingą teisės į jos darbą pardavimo jai klausimu tik ryždamasi tokiam gyvenimui, kuris jai yra toks pat atgrasus, kaip ir gyvenimas, kurį ji gyventų sero George'o valdoma. Ji turės atlikti beveik visiškai tokius pat sunkius darbus, kokius jai lieptų dirbti George'as, kaip savanau-

diškas, bet apsišvietęs vergvaldys. Ji nebebus jo vergė tik tapusi Pirmojo nacionalinio banko (Čikagos, žinoma) verge.

Tiesą sakant, jos situacija yra dar blogesnė, mat aš ignoravau palūkanas, kurias ims bankas. (Palūkanų norma gali būti didelė, jei tuo pačiu metu ir kiti ieško kapitalo išsipirkti teisę į *savo* darbą.) Taigi jos pajėgumas pasiskolinti tiek lėšų, kad padarytų serą George'ą abejingą teisių į darbą klausimu, priklausys nuo to, kokių kitų investavimo galimybių jis turi, ir (jeigu jis yra tikras dėl jos pajėgumo) jo rizikos baimės. Jokiu būdu nėra savaime suprantama ir tai, kad jeigu ji galėtų pasiskolinti užtektinai, ji skolintųsi. Ji įgytų labai nedaug tikros kontrolės savo gyvenimo tėkmės atžvilgiu, kaip matėme, ir žymiai sumažėtų jos saugumas. Pagrindinė laisvės vertybė yra pasirinkimo ir savarankiško tvarkymosi vertybė, ir jeigu Agatha pradeda savo karjerą būdama vergė, ji niekuomet negalės atgauti daugiau nei simbolinį laisvės lygį. Mes negalime būti tikri (jei kalbėtume perdėm santūriai), jog nuodugni analizė pateisins išvadą, kad Agatha išgalėtų išpirkti arba išsipirktų teisę į savo darbą. Todėl negalime teigti net ir to, jog ekonominė analizė remia tos teisės suteikimą jai.

Skaitytojai, be abejonės, pamanys, jog aš prieš kurį laiką būsiu išsikraustęs iš proto. Jie manys, jog mano teikiamų argumentų pobūdis profanuoja argumentus prieš normatyvinį ekonominės teisės analizės aspektą. Daugelis manys, kad daug svarbiau yra pasakyti, jog teorija, kuri moralinę vergovės vertę daro priklausomą nuo transakcijos kaštų, yra groteskiška. Jie teisūs. Tačiau dabar aš neteigiu, jog turto maksimizacija, suprantant pažodžiui, gali duoti groteskiškų rezultatų. Veikiau aš teikiu siauresnį argumentą – jog ši konkreti pastanga parodyti, kad turto maksimizavimas turi stiprią instrumentinę vertę, visiškai sužlunga.

Posneris turi kitą argumentą, kurį čia derėtų pažymėti. Jis numato tam tikrą vietą kitokiam instrumentiniam teiginiui: turto maksimizacija turi vertę, nes visuomenė, kuri siekia tik socialinio turto maksimizavimo, suteiks sąlygas patrauklioms asmeninėms dorybėms, konkrečiai labdarybės dorybei. Šis argumentas nėra nežinomas. Kapitalizmo gynėjai dažnai ragina kreipti dėmesį į tai, kaip kapitalisti-

nėje sistemoje klesti „protestantiškos" darbštumo ir savikliovos dorybės, tačiau nesureikšmina išskirtinai altruistinių dorybių. Būtent šis šio teiginio bruožas daro Posnerio aiškinimą tokį paradoksaliai patrauklų.

Posnerio argumentas yra be užuolankų: visuomenėje, atsidėjusioje turto maksimizavimui, žmonės gali pagerinti savo padėtį tik duodami naudos kitiems, nes kai kas nors produkuoja gėrybes ir paslaugas, kurias kiti perka, jis būtinai duoda kokios nors naudos ir jiems, ne tik sau. Šis argumentas nespecifikuoja savo siūlomo etalono, leidžiančio patikrinti, ar visuomenė, įsipareigojusi turtui, produkuoja daugiau veiklos, kuria duodama naudos kitiems, nei visuomenė, kuri skatina labiau tiesioginį altruizmą. Nėra lengva suprasti, koks etalonas būtų deramas. Net jeigu turtas-produkuotas-kitiems laikomas matu, nenumatant paskirstymo, toli gražu nėra akivaizdu, jog žmonės produkuos daugiau turto kitiems žmonėms – priešpriešinant tai turtui sau patiems – turto maksimizacijos sąlygomis nei apmokestinimo ir perskirstymo sistemos sąlygomis, net jei pastaroji apskritai produkuotų mažiau turto. Žinoma, gerovė-kitiems yra geresnis moralinio tobulumo matas nei paprasčiausiai turtas-kitiems, o dėl mažo naudos efekto gerovė-kitiems yra standartas, apimantis paskirstymo reikalavimus. Toli gražu nėra savaime suprantama, jog turto maksimizavimas produkuos didesnį suminį kiekį gerovę-kitiems produkuojančios veiklos nei kitos, labiau kompromisinės ekonominės ir politinės struktūros.

Tačiau tai empirinis klausimas. Be to, mums nėra reikalo jo čia gvildenti, nes Posnerio argumente – jog turto maksimizavimas turi instrumentinę vertę, nes produkuoja žmones, kurie duoda naudos kitiems, – esama fundamentalesnio defekto. Mat moralinę labadaringos veiklos, pačios savaime, vertę lemia veikėjo valia ar intencijos. Jeigu jis veikia vedamas troškimo pakelti kitų gerovę, jo aktas turi vidinę moralinę vertę, net jei jis neduoda naudos kitiems. Tačiau jo aktas neturi jokios vidinės moralinės vertės, jeigu jis veikia su intencija gauti naudos tik sau. Posneris aiškiai sako, kad jo teiginiai apie produkciją-kitiems niekaip nesusiję su ekonominio proceso veikėjų

intencijomis kitų atžvilgiu. Jis taria, priešingai, jog jie veiks taip, kad maksimizuotų savo pačių gaunamą naudą, kitiems duodami naudos tik dėl to, kad negali absorbuoti iki paskutinio lašo viršverčio, atitenkančio vartotojui, kad ir kaip norėtų. Juo geriau asmeniui sekasi asmenininė turto maksimizacija – juo daugiau gebėjimų ir talentų jis pademonstruoja, kad jam būtų atlyginta toje sistemoje – juo mažiau naudos jo aktai duos kitiems, mat juo geriau jam sekasi, juo daugiau perteklinės vertės jis galės susigrąžinti iš kiekvienos transakcijos ar veiklos. Visą naudą kitiems lemia nematoma ranka, o ne gera valia. Ne vidinė turtą produkuojančių aktų vertė yra tai, kas gali rekomenduoti turto maksimizavimą.

Gal jį rekomenduotų tų aktų pasekmės. Gal individai, siekiantys turto tik sau, produkuos tokį turto paskirstymą, kuris yra teisingas. Ši prielaida savo plačiausia įmanoma apimtimi suponuoja, jog visuomenė, besilaikanti turto maksimizacijos siekio, dėl kažin kokios priežasties labiau priartės prie paskirstomojo teisingumo idealų nei visuomenė, kuri nesilaiko to tikslo beatodairiškai. Paskirstomojo teisingumo idealus reikia apibrėžti – ar bent jau suvokti – nepriklausomai nuo turto maksimizacijos. Nepakaks pasakyti, jog paskirstomasis teisingumas yra ta būklė, kurią produkuoja turto maksimizacija. Mat tuomet teiginys, jog turto maksimizavimas veda prie paskirstomojo teisingumo, būtų tik tautologija.

Taigi šią naują instrumentinio aiškinimo interpretaciją reikia užbaigti bent jau apytikriu teisingumo sampratos specifikavimu. Ekonominiam analitikui būtų natūralu pasirinkti vieną iš tų kelių teisingumo aiškinimų, kurie jau įeina į politinės filosofijos tradicijas – pavyzdžiui, didžiausios suminės vidutinės naudos sampratą arba lygybės, arba aukščiausio gerovės ar turto lygio, arba kokią nors meritokratinę teoriją. Pasirinktoji teorija turi būti modelinė, o ne istorinė teorija, jei pasitelktume Roberto Nozicko pasiūlytą pravarčią perskyrą.[120] Istorinės teorijos aiškina, jog kad ir kokiais nelygumais ar kitokiais bruožais pasižymi paskirstymas, jis yra teisingas, jei pasiekiamas laikantis korektiškų teisingumo principų turto įgijimo ir perdavimo

santykiuose. Modelinės teorijos postuluoja, jog paskirstymas yra teisingas tik tuomet, kai jis atitinka tam tikrą modelį, kurį galima nusakyti nepriklausomai nuo istorijos, aiškinančios, kaip tas paskirstymas radosi. Turto maksimizacijos koncepcija teikia modelinį, o ne istorinį teisių priskyrimo kriterijų: sprendimas, ar gydytojas arba saldainių gamintojas turi teisę, kurios kiekvienas iš jų siekia, turi būti priimamas turint prieš akis modelį – gėrybės turėtų būti tų rankose, kurie mokėtų daugiausia, kad jas įsigytų. Kone nesuvokiamas būtų teiginys, jog paskirstymas pagal modelį galėtų būti instrumentas pasiekti istoriškai atsitiktiniam paskirstymui.

Tad turto maksimizavimo gynėjas turi pasirinkti kokią nors modelinę teisingumo koncepciją, kaip antai didžiausio pelningumo, lygybės, aukščiausio lygio, meritokratijos arba nuopelno. Posneris nepripažįsta kaip tik pirmųjų trijų iš šių koncepcijų. Vertumo ar nuopelno teorijos savo dvasia jam artimesnės, taigi jas mes apsvarstysime pirmiausiai.

Meritokratinės teorijos skelbia, jog teisingumo esmė – toks paskirstymas, kuriam esant žmonės pelno atlygį pagal savo nuopelnus. Dabar mes darome prielaidą, jog galima sakyti, kad turto maksimizacija turi stiprią instrumentinę vertę, nes (nematomos rankos ar netikro taikinio mechanizmu) visuomenė, kurios įstatymai siekia tik turto maksimizacijos, produkuos reikiamą meritokratinį paskirstymą arba prie jo labiau priartės nei bet kokia alternatyvi sistema. Tačiau dabar turime padaryti perskyrą tarp dviejų nuopelno koncepcijų, kurias toks aiškinimas galėtų pasitelkti. Pirmąją galėtume pavadinti nepriklausoma nuopelno koncepcija. Pagal ją privalome būti pajėgūs pateikti nuo turto maksimizacijos proceso nepriklausomą apibrėžimą, kas laikytina nuopelnu, todėl ji tampa empirine hipoteze, jog turto maksimizacija atlygina taip aiškinamą nuopelną. Tačiau *bet kokio* nepriklausomų nuopelnų sąrašo atveju ta empirinė hipotezė turi sužlugti, nes tai, kokie gebėjimai ar ypatybės bus atlyginti bet kokioje konkrečioje bendruomenėje bet kuriuo konkrečiu metu, yra technologijos, tendencijų ir laimės dalykas. Apsvarstykime kompleksą talentų, kurie reikalingi nenuilstamai taikliai atakuoti beisbole.

Jeigu koks nors nepriklausomų nuopelnų sąrašas neapima to komplekso, tai bus neteisinga teigti, jog mūsų visuomenėje turto maksimizavimas nuopelnus atlygina geriau nei alternatyviose visuomenėse. Tedas Williamsas tokioje sistemoje susilauks daug aukštesnio atlyginimo negu kone kiekvienas kitas, kuris pagal mūsų išvardijamų nuopelnų sąvadą jį pranoktų.

Tačiau jeigu tą talentų kompleksą išvardijame kaip vertumo požymius, bus neteisinga teigti, jog turto maksimizacija paprastai atlygina nuopelnus. Kol beisbolas išsivystė iki esamo lygio, jam reikalingų talentų kompleksas nebuvo atlyginamas, jis ir dabar nėra atlyginamas ten, kur beisbolas tiek neišsivystęs, ir nebus atlyginamas tuo atveju, jei beisbolas nusmuks ir išnyks. Galime apibendrinti: kadangi tai, kokie talentai yra atlyginami rinkos, labai priklauso nuo įvairių veiksnių, efektyvumo siekio laikymusi negalima kliautis kaip garantu, jog vienoks ar kitoks talentų kompleksas, iš anksto nustatytas kaip nepriklausomi ir laiko patikrinti vertumo požymiai, bus atlyginti. Tačiau efektyvumo palaikymu negalima kliautis ir kaip pagrindu nepaisyti kokio nors vertumo požymių komplekso.

Antrąją nuopelno koncepciją vadinsiu priklausoma koncepcija. Anot jos, jog nuopelną sudaro talentų kompleksas, kurie įgalina kartkarčiais patirtį sėkmę rinkoje. Kai kurie iš šių talentų yra reliatyviai pastovūs, tokie kaip darbštumas, apsukrumas ir galbūt noras praturtėti. Paprastai – nors ir ne neišvengiamai – geriau sekasi tiems, kurie pasižymi darbštumu arba apsukrumu, nei tiems, kurie tuo nepasižymi. Kiti talentai tampa nuopelnais tik susiklosčius palankiai aplinkai ir sėkmės dėka; jie laikomi vertumo požymiais tik kurį laiką, nes įgalina produkuoti tai, ką kiti laiko nauda sau patiems bei yra nusiteikę ir išgali nusipirkti. Pagal priklausomą nuopelno koncepciją, rinkos ekonomika, dirbanti turto maksimizavimui, *iš tiesų* atlygins nuopelnus. Ši tiesa net pernelyg teisinga, mat pagal priklausomą koncepciją instrumentinis teiginys virsta tautologija.

Taigi bent jau Posnerio atveju nėra tinkama jokia nepriklausoma teisingumo koncepcija iš tų, kurias randame politinės filosofijos literatūroje. Jis teikia didelio užmojo argumentaciją turto maksimizavi-

mai apginti, tačiau atmeta visas koncepcijas, kurios tos plačios argumentacijos nedaro akivaizdžiai neteisingos arba trivialios. Kaip dėl pliuralistinių teisingumo teorijų? Turiu galvoje teorijas, kurios nepripažįsta jokios vienintelės vertės, tokios kaip nauda ar lygybė, ar nuopelnas, kaip sudarančios visą paskirstymo teisingumą, bet vietoj to tvirtina, jog iš tiesų teisingas paskirstymas pasieks protingą keleto iš šių vertybių kombinaciją. Teisingas paskirstymas, pagal pliuralistinę koncepciją, bus toks, kuriam esant vidutinis gerovės lygis yra pakankamai aukštas, kai nesama per daug nelygybės ir kai tai, ką žmonės turi, yra bent jau apytikriai susieta su tuo, kaip sunkiai jie dirbo, arba su tuo, kokį produkcijos kiekį sukūrė. Gali būti neįmanoma tiksliai nusakyti, kokia būtent būtų skirtingų teisingos visuomenės komponentų kombinacija. Tačiau kas nors gali pretenduoti tai žinąs, kai ją mato. Ar prasminga sakyti, jog turto maksimizacija yra instrumentiškai susijusi – griežtąja prasme – su kokia nors tokia pliuralistine teisingumo koncepcija?

Pakankamai akivaizdu, jog taip sakyti pavojinga. Instrumentinis teiginys, užbaigtas šiuo būdu, ir vėl gresia tapti tautologija, jeigu pliuralistinė koncepcija neišdėstoma pakankamai aiškiai, kad leistų tą teiginį patikrinti empiriškai. Tai beveik neįmanoma. Tarkime, jog beatodairiškas turto maksimizavimas tam tikroje visuomenėje produkuotų tam tikrą tiksliai nusakomą kardinalinį vidutinės naudos lygį, tam tikrą nelygybės veiksnį (matuojamą, pavyzdžiui, Gini'o koeficientais) ir tam tikrą koreliaciją tarp vienaip ar kitaip apibrėžiamo nuopelno ir turto. Dabar kritikas pasiūlo kompromisą su turto maksimizacija – pavyzdžiui, atlikti perskirstymą, kuris sumažins suminį bendruomenės turtą. Tas kompromisas lemtų šiek tiek mažesnę vidutinę naudą, šiek tiek mažesnę nelygybę bei kitokią nuopelno ir turto koreliaciją. Kitaip tariant, kiekvienas iš šių veiksnių tampa šiek tiek – be ne radikaliai – kitoks, palyginti su rezultatu beatodairiškos turto maksimizacijos sąlygomis. Dabar turto maksimizacijos pagal šį instrumentinį argumentą šalininkas turi tarti, jog pradinė šių skirtingų socialinės vertės komponentų kombinacija yra geresnė nei naujoji. Jam neužtenka tarti, jog pradinė kombinacija yra geresnė nei bet

kurio iš trijų komponentų maksimalia verte: geresnė nei visuomenėje, kurioje vidutinė nauda yra pati didžiausia, kokia įmanoma, arba nelygybė – pati mažiausia, kokia įmanoma, arba kur žmonėms atlyginama tik laikantis griežto proporcingumo jų nuopelnų atžvilgiu. Jis taip pat turi manyti ją esant geresnę už kitas šių trijų pageidavimų kombinacijas, kurių būtų pasiekta esant ne tokioms nekompromisinėms politinėms ir ekonominėms sistemoms kaip jo beatodairiško turto produkavimo sistema.

Jo įsitikinimas yra neįtikinamas. Labai sunku numatyti, *ex ante,* koks vidutinės naudos kardinalinis lygis, nelygybės koeficientas bei turto ir nuopelnų koreliacija (pagal bet kokį netautologišką nuopelno apibrėžimą) bus produkuotas turto maksimizavimo programos. Taip pat sunku prognozuoti, kuri šių menamų kriterijų kombinacija bus pasiekta bet kokiu konkrečiu kompromisu su turto maksimizacija. Todėl neįtikinama, jog egzistuoja tam tikra kombinacija, kuri yra *sykiu* ir nepriklausomai preferuotina moraliniais pagrindais galimų alternatyvų atžvilgiu, ir apriorišKai tikėtinesnė kaip turto maksimizacijos rezultatas nei kaip konkrečių kompromisų rezultatas. Aš nenoriu pasakyti, jog „geriausios" komponentų kombinacijos neįmanoma apriorišKai *nusakyti* niekaip kitaip, o tik „aš-tai-žinau-kai-matau" stiliumi, nors tai ir blogas ženklas. Mano mintis veikiau ta, jog šiuo jautrios klausos lygiu, kuris būtinas atskirti turto maksimizacijos rezultatus nuo kompromisų rezultatų, paprasčiausiai *nesama* vienos „geriausios" kombinacijos, apriorišKai tikėtinesnės kaip vieno, o ne kito iš šių socialinių metodų rezultatas. Pliuralistinis instrumentinis aiškinimas yra silpnesnis, nei galėtų būti tiesmukas turto maksimizacijos pritempinėjimas prie tradicinės teorijos – pavyzdžiui, utilitarizmo. Pastaruoju atveju objektas, kurį maksimizuoti pretenduoja skirtingos instrumentinės teorijos, yra bent jau galimas apibrėžti.

Čia esama svarbaus bendresnio momento. Tikėtina, kad ir modelinės teisingumo teorijos ką nors paliks istorijos atsitiktinumų valiai. Pavyzdžiui, nustatęs tam tikrą jautrios klausos lygį, net griežtas utilitaristas pripažins, jog sandėrio tarp lygių partnerių rezultatas yra pagarbus lygybei būtent dėl to, kad tai – sandėris tarp lygių partnerių,

o ne dėl to, kad jo rezultatai yra tokie, kurių konkrečiai reikalauja lygybė. Nujaučiu, jog turto maksimizacijos šalininkai taip pat mano, jog tam tikras paskirstymas yra teisingas dėl to, kad tai yra paskirstymas, pasiektas turtą didinančiomis normomis, o ne *vice versa*. Šią nuojautą tikrai patvirtina didžiuma literatūros, besigilinančios į ekonominę teisės analizę. Tačiau, aišku, tas sprendinys mus grąžina prie turto kaip vertės komponento sampratos. Jo negali paremti jokie instrumentiniai argumentai, ginantys turto maksimizaciją. Vietoj to jis suponuoja, jog turto maksimizacija yra sąžiningas procesas, kurio rezultatai yra teisingi, kaip egalitaristas suponuoja, jog sandėris tarp lygių partnerių yra iš prigimties sąžininga procedūra. Taigi turto maksimizuotojas, kuris skelbia, jog paskirstymas yra teisingas, jeigu jis yra turtą maksimizuojančių normų produktas, negali kliautis *jokiu* instrumentiniu bent jau šio savo teorijos aspekto pateisinimu.

Iki šiol svarstėme, kaip įvairios instrumentinio teiginio, ginančio turto maksimizavimą, formos galėtų būti užbaigtos, apibrėžiant nepriklausomą socialinės vertės koncepciją, kurią diegia turto maksimizavimas. Pirmiausia atidėjau į šalį utilitarinę teisingumo koncepciją, nes Posneris tą koncepciją atvirai atmeta. Tačiau visos paties Posnerio prielaidos – individualios teisės, individuali dorybė ir tam tikra impresionistinė skirtingų vertybių kombinacija – žlunga, ir nors jis buvo pats atviriausias ir kraštutiniausias turto maksimizuotojas tarp teisininkų, jo utilitarizmo atmetimas neliečia kitų. Ar utilitarinė tradicija teikia kelią užbaigti instrumentinę turto gynimo argumentaciją?

Keldamas šį klausimą, aš neturiu ketinimų solidarizuotis su utilitarizmu kuria nors iš jo įvairių formų. Priešingai, man atrodo, jog utilitarizmas, kaip bendroji vertės arba teisingumo teorija, yra klaidingas ir kad jo dabartinis nepopuliarumas yra išties pelnytas. Tačiau tai ne tokia teorija, kurią galima atmesti lengva ranka, kokiu nors paprastu argumentu – tokiu, kokį naudojau atsiribodamas nuo teorijos, jog turtas yra vertybė savaime. Utilitarizmas yra susilaukęs didelio skaičiaus galvotų ir jautrių filosofų paramos. Todėl verta

paklausti, ar nuoseklus utilitaristas galėtų prieiti išvadą, kad turto maksimizacija yra remtina instrumentiniu pagrindu.

Vėl turime būti jautrūs instrumentinės teorijos tipų skirtumams. Yra įmanomos nematomos rankos, ingrediento ir netikro taikinio instrumentinės tezės versijos, taip pat platesnės ir siauresnės apimties versijos. Tačiau šias versijas sieja bendra konceptualinė problema. Utilitarizmas suponuoja, jog individualios gerovės lygis bent jau kartais gali būti panašus, todėl suminės ar vidutinės naudos lygiai gali būti nustatomi priklausomai nuo socialinių programų pasirinkimo. Ekonomistai kaip grupė buvo skeptiški dėl asmenų padėties gretinimo pravartumo. Jeigu utilitarizmas nori būti turto maksimizavimo motoras, tai turto maksimizuotojai turi įveikti tą skepticizmą ir žengti kur kas toliau nei dabartinis ortodoksinis ekonomikos mokslas. Tačiau kai pripažįstame galimybę palyginti bendruosius dėsnius didelių bendruomenių viduje, – tokius kaip dėsnis, jog turto pelningumo koeficientas sumažėja, – tai bet kokia utilitarinės instrumentalistinės teorijos plačios apimties versija išsyk tampa neįtikinama. Neįtikinama manyti, jog visuomenė, kuri beatodairiškai siekia turto maksimizacijos, pasieks didesnę suminę naudą nei visuomenė, kuri taip pat siekia turto maksimizacijos, bet nustato viršutinę nelygybės ribą, iki kurios ji toleruos nelygybę socialinio turto vardan.

Taigi bet kokia įtikinama utilitarinė intrumentalistinė turto maksimizacijos teorija turi būti pakankamai siaura teorija. Sukonstruokime bandomąją siaurą teoriją, pritaikytą spręsti byloms. Ši teorija skelbia, jog visuomenė, kurios teisėjai sunkiąsias tradicinės teisės bylas sprendžia pasirinkdami normą, iš kurios tikimasi, jog ji maksimizuos socialinį turtą, ilgalaikėje perspektyvoje pasieks daugiau suminės naudos negu visuomenė, kuri renkasi kitokią konkrečią programą spręsti tokioms byloms, įskaitant visuomenę, kurios teisėjai tokias bylas sprendžia pasirinkdami normą, kuri, kaip galima tikėtis, ilgalaikėje perspektyvoje maksimizuos suminę naudą. Tai griežta instrumentalistinė teorija; ji apibrėžia tam tikrą politinių sprendimų grupę (sunkiąsias bendrosios teisės bylas), reikalaudama iš pareigūnų visas tokias bylas spręsti taip, kad būtų maksimizuotas turtas, užuot

kiekvienu konkrečiu atveju klausus, ar turto maksimizavimas tuo atveju skatins naudos augimą. Kokios rūšies empirinių įrodymų – ar koreliatyvių prielaidų – kompleksas paremtų tą teoriją?

Geriausia kandidatė yra prielaida, kuri selektyvią turto maksimizaciją laiko vertės ingredientu, o ne priežastimi ar netikru taikiniu. Ji suponuoja, jog jeigu teisėjai tokias bylas spręstų siekdami didinti suminį turtą, tai kitos institucijos – galbūt legislatūros – perskirstytų išaugusį suminį turtą, kad padidintų vidutinę ar suminę naudą. Tokią įvykių grandinę, be abejonės, galima įsivaizduoti, jeigu pripažįstame, jog asmenų padėties gretinimai individualios naudos atžvilgiu yra iš principo prasmingi. Tačiau taip yra nebūtinai. Politinis procesas dėl įvairių priežasčių galėtų palikti nepaliestus pelnus tų, kurie iš turto maksimizacijos gauna daugiausiai naudos. Todėl turėtume paklausti, ar instrumentinė utilitarizmo teorija reikalauja, kad legislatūros išties perskirstytų turtą tam, kad padidintų suminę naudą, arba ar tai teorijai paremti pakanka to, kad jos galėtų tai padaryti.

Apsvarstykime štai kokį tos teorijos išplėtojimą. Teisėjai sprendžia konkrečias bendrosios teisės bylas, turėdamas omenyje esamą turto ir juridinių teisių paskirstymą. Joks sprendimas, kurį teisėjas padaro konkrečioje byloje, esmingai nepaveiks to paskirstymo. Geriausia, ką teisėjas, užsibrėžęs didinti suminę naudą, gali padaryti, – tai padidinti suminę turto produkciją. Jeigu legislatūra randa kokį nors būdą perskirstyti padidėjusį turtą taip, kad optimizuotų naudą, labai puiku. Jeigu ne – niekas neprarasta. Geriau suteikti legislatūrai galimybę padidinti naudą, net jei ta galimybe gali būti nepasinaudota, nei nieko nedaryti.

Ar tai geras mūsų siaurosios teorijos apgynimas? Jis remiasi plačia prielaida: jog teisėjai tiesiogiai negali nieko padaryti, kad padidintų naudą, – jie tegali prisidėti prie turto maksimizavimo, net kai žino, jog legislatūra daugiau nieko nedarys dėl šio tikslo įgyvendinimo. Jis taria, jog teisėjai menkiau prisidėtų prie naudos didinimo bendru mastu, net tomis aplinkybėmis, jeigu jie kartais klaustų, ar ne toks beatodairiškas, jautresnis skirtumams požiūris konkrečiais atvejais nelemtų didesnės naudos. Jis remiasi prielaida, kad turto maksimizacija

yra geras netikras taikinys siekiant naudos, net jei ji nėra naudingas naudos ingredientas. Šią prielaidą galime patikrinti štai kaip. Tarkime, jog kas nors pasiūlo štai kokią alternatyvią bylų sprendimo programą. Sunkiosiose bendrosios teisės bylose teisėjai turi padaryti tokį sprendimą, kuris labiau prisidės prie naudos augimo nei bet koks alternatyvus sprendimas. Kai kuriose bylose – galbūt daugumoje – tai bus turtą maksimizuojantis sprendimas, o kai kuriose – ne. Viskas priklauso nuo aplinkybių, ir iš anksto neįmanoma pasakyti, kaip dažnai jo teorija rekomenduos ne turtą maksimizuojančius sprendimus.

Tai – silpna (apibrėžtąja prasme) instrumentinė turto maksimizavimo teorija. Kyla du klausimai. Ar silpnoji teorija kokiomis nors aplinkybėmis rekomenduos teisminį sprendimą, kurio siauroji griežtoji teorija nerekomenduotų? Ar visuomenė, kurios teisėjai vadovaujasi silpnąja teorija, ilgalaikėje perspektyvoje produkuos daugiau naudos nei visuomenė, kuri vadovaujasi griežtąja teorija? Atsakymas į pirmąjį iš šių klausimų priklausys nuo įvairių dalykų, tačiau beveik tikra, jog tas atsakymas – taip. Paternalizmas suteiks progų, kai naudą maksimizuojanti norma skirsis nuo turtą didinančios normos. Tarkime, pavyzdžiui, jog bendruomenė mokės daugiau už saldainį nei už medicinos priežiūrą, prarastą dėl saldainių mašinos triukšmo, tačiau saldainis bus žalingas jos sveikatai, taigi ir ilgalaikei naudai ilgalaikėje perspektyvoje. Ateities kartos teikia kitų progų: kai imama paisyti ateities kartų naudos, net bendrosios teisės sprendimai – kaip antai tie, kurie turės poveikio aplinkai, – gali padaryti skriaudą naudos atžvilgiu, jeigu jais palaikoma esama turto paskirstymo sistema. Visiškai nepriklausomai nuo šių veiksnių kai kurie bendrosios teisės sprendimai yra potencialiai perskirstomieji. Tarkime, jog sprendimas galėtų apsaugoti darbininkus nuo sveikatos sutrikimų ir galbūt nekonkurencingos gamybos šakos arba sąlygoti jų nedarbą, struktūruodamas teises naujos gamybos šakos plėtrai palankiu būdu? Turtą maksimizuojantis sprendimas galėtų būti antrasis; vis dėlto naudą remiantis sprendimas galėtų būti pirmasis.

Jei esama daug situacijų, kai tos dvi teorijos – silpnoji ir griežtoji – rekomenduotų skirtingus sprendimus, atsakymas į antrąjį klausimą

yra greičiausiai „ne". Netikri taikiniai iš tiesų kartais yra geri taikiniai: kartais pasiekiame daugiau naudos, taikydamiesi ne visiškai tiesiai į tai, ko norime, kaip kad žmogui, pasiryžusiam pasiekti malonumą, patartina nepulti stačia galva taikinio link. Tačiau šitaip yra ne visada ar netgi dažniausiai yra ne taip, ir neatrodo, *a priori,* jog esama daugiau pagrindo manyti, jog šitaip turėtų būti teismų atveju, negu kad taip turėtų būti legislatūrų atveju. Jeigu kartais yra teisinga sakyti, jog legislatūra turėtų pasirinkti sprendimą, kuris nemaksimizuoja turto, nes jis vis tiek padidins naudą, neatrodo, jog esama priežasties, dėl kurios taip pat ir teismas neturėtų taip daryti. Progos, kai teismas turi tą pasirinkimą, gal yra retesnės, tačiau tai, aišku, kitas klausimas.

Taigi utilitarinė instrumentinė teorija visgi atrodo priklausanti nuo kokio nors sprendinio, įtvirtinančio, jog legislatūra veiks bendradarbiaudama su teismais, kad perskirstytų turtą tam, kad produkuotų daugiau naudos iš turto, kurį užtikrina teismas. Tačiau jeigu taip yra, tai ši teorija turi rimtų trūkumų – ji yra nebaigta, nes, kiek žinau, tokie ginamieji argumentai niekuomet nebuvo suformuluoti. Ji taip pat nėra netarpiškai įtikinama. Priešingai – jeigu teisinga įprasta prielaida, kad optimali nauda reikalautų daug daugiau turto lygybės, nei jos dabar yra mūsų šalyje, hipotezė, jog legislatūros – federalinės ir valstybinės – buvo užsiėmusios perskirstymu, kad pasiektų naudos, atrodo gėdingai nepasitvirtinusi.

Net jeigu ši hipotezė būtų protinga, reikėtų daug daugiau argumentų norint apginti teisminį turto maksimizavimą šiuo būdu. Mes dar turėtume parodyti, kodėl tuo atveju, kai galima produkuoti daugiau naudos sprendimu, tiesiogiai nukreiptu į naudą, teismas vietoj to turėtų laikytis turto siekio. Hipotezė, kad legislatūrai rūpės nauda, nėra savaime patenkinamas atsakymas. Ar naudos prieaugio nebūtų sulaukta greičiau ir ar jis nebūtų labiau garantuotas vienu žingsniu, o ne dviem? Atrodo, jog nėra priežasčių neatiduoti pirmenybės silpnai instrumentinei teorijai: teismai turėtų priimti sprendimus maksimizuoti turtą, – pripažįstant, jog legislatūrų, pasiruošusių perskirstyti turtą, egzistavimas galėtų reikšti, jog kai kuriais atvejais turto

gausinimas galėtų būti geriausia priemonė padidinti naudą ilgalaikėje perspektyvoje. Jeigu vietoj tos silpnos teorijos pasirenkama kokia nors griežta teorija, ji neišvengiamai remsis – ir vėl – (niekuo neparemta) netikro taikinio teorija.

Šioje esė dalyje svarsčiau, ar griežta instrumentinė teorija gali apginti turto maksimizaciją, traktuojamą kaip beatodairiškas tikslas, bent jau tam tikrai bylų sprendimo daliai, remdamasi prielaida, jog suminė nauda yra vertybė savaime. Aš teigiu, jog hipotezė, kad ji gali ją apginti, atrodo silpna ir toli gražu nėra įrodyta. Tokie patys argumentai galioja, manau, ir prieš bet kokį griežtą instrumentinį turto maksimizaciją ginantį teiginį, kuris socialine vertybe-savaime laiko maksiminą (turto arba naudos erdvėje), o ne suminę naudą. Ir vėl kyla klausimas, kodėl silpnoji teorija, kuri ragina teisėjus tiesiogiai siekti maksiminu grindžiamų sprendimų, deramai atsižvelgiant į potencialų instrumentinį turto maksimizacijos vaidmenį, nebūtų geresnė. Į šį klausimą nėra pateikta jokio atsakymo, ir nėra akivaizdu, kad į jį yra galimas geras atsakymas.

Tačiau šį skirsnį turiu pabaigti pažymėdamas tai, kas, viliuosi, buvo aišku diskusijoje iki šiol. Instrumentiniai turto maksimizavimo teiginiai yra įtikinamesni, kai jie yra pajungti vienai iš nemeritokratinių modelinių teisingumo teorijų, tokių kaip naudos ar maksimino teorija, nei tuomet, kai jie pajungti kam kitam. Jų galimybės tuomet negalima pašalinti konceptualiai, kaip, pavyzdžiui, galima atmesti Posnerio instrumentinius teiginius. Tačiau jie vis tiek tebėra – dabartiniu žaidimo etapu neabejotinai – teiginiai, neturintys beveik jokio pagrindo.

Ekonominė teisės analizė yra deskriptyvi ir normatyvi teorija. Ar normatyvinės dalies nesėkmė atsiliepia deskriptyvinei daliai? Pastaroji teikia vieno žmonių elgesio aspekto paaiškinimą, būtent, bendrosios teisės teisėjų sprendimus tose bylose, kurias pretenduoja paaiškinti ekonominė analizė. Esama keleto žmonių elgesio paaiškinimo modusų (ar, kaip kai kas pasakytų, lygmenų). Kai kurie iš jų yra nemotyvaciniai. Šie apima genetinius arba cheminius, arba neurolo-

ginius refleksinio arba reflektyvinio elgesio paaiškinimus. Motyvaciniai aiškinimo modusai taip pat gali būti skirtingų formų. Pats tiesmukiausias yra aiškinimas veikėjo požiūriu, aiškinimas, besiremiantis veikėjo tikslais ar intencijomis ir jo nuomone apie deramas priemones. Tačiau esama sudėtingesnių motyvacinio aiškinimo formų. Pavyzdžiui, nematomos rankos aiškinimai taria, jog žmonės veikia vedami tam tikrų motyvų, ir paaiškina, kodėl, turint tai omenyje, kolektyviai jie pasiekia kažką skirtinga nuo to, ko jie siekia individualiai. Viena froidiškų aiškinimų klasė taip pat taria, jog žmonės veikia vedami motyvų, tačiau skelbia, jog šie motyvai yra nesąmoningi. Vis dėlto šie froidiški aiškinimai yra motyvaciniai, nes jų aiškinamoji galia priklauso nuo teiginio, jog žmonės, kurių elgesys šitaip aiškinamas, veikia tokiu būdu, kurį geriausiai nusako analogija su elgesiu tų žmonių, kurie tokių motyvų laikosi sąmoningai. Tad ši teorija priklauso nuo to tiesaus motyvacinio teiginio supratimo.

Ekonominės analizės argumentas, jog teisėjai sunkiąsias bylas sprendžia taip, kad maksimizuotų socialinį turtą, nėra genetinis, cheminis, neurologinis ar kurios kitos formos nemotyvacinis aiškinimas. Tai ir ne nematomos rankos aiškinimas. Tiesa, kažkas panašaus į nematomos rankos aiškinimą, kodėl bendrosios teisės sprendimai kuria sąlygas socialiniam turtui, buvo pateikta,[121] tačiau to nėra Posnerio, Calabresi'o ar kitų ekonominės analizės proponentų teiginiuose. Kiek žinau, ekonominė analizė niekuomet nebuvo pateikiama kaip froidiška analizė. Tačiau net jeigu ji būtų pateikta kaip tokia, tokia analizė darytų galimą tiesaus motyvacinio teiginio prasmę. Taigi ekonominė analizė savo deskriptyvioje dalyje atrodo besiremianti tiesaus motyvacinio teiginio prasme ir tiesa, būtent – jog teisėjai sprendžia bylas, turėdami intenciją maksimizuoti socialinį turtą.

Tačiau mano argumentai prieš normatyvinę ekonominės teisės analizės dalį sykiu kvestionuoja bet kokį tokio pobūdžio motyvacinį teiginį. Aš neteigiu, jog socialinio turto maksimizavimas yra tik vienas iš tam tikro skaičiaus įtikinamų socialinių tikslų arba kad jis yra žemas, nepatrauklus ar nepopuliarus socialinis tikslas. Aš teigiau, jog jį beprasmiška laikyti socialiniu tikslu, net vienu iš daugelio kitų.

Kvaila tarti, jog socialinis turtas yra socialinės vertės komponentas, ir neįtikinama, jog socialinė vertė yra ne daugiau nei instrumentas siekiant tam tikro socialinio tikslo, dėl to, kad ji remia naudą ar kokį kitą socialinės vertės komponentą geriau nei tai darytų silpna instrumentinė teorija. Todėl keista priskirti teisėjams motyvą maksimizuoti socialinį turtą vien jo paties dėlei arba laikytis socialinio turto siekinio kaip netikro teiginio kokios nors kitos vertybės dėlei. Tačiau tiesus motyvacinis aiškinimas yra beprasmiškas, jeigu nėra prasminga šį motyvą priskirti veikėjams, kurių elgesys aiškinamas.

Iš to kyla išvada, jog deskriptyviniai ekonominės analizės teiginiai, kaip jie iki šiol buvo pateikiami, yra radikaliai nebaigti. Jeigu jie nori turėti deskriptyvią galią, juos reikia peraiškinti. Juos būtų galima peraiškinti, pavyzdžiui, kokiu nors būdu, deramu silpnam instrumentiniam teiginiui. Argumentai tuomet turėtų tapti jautresni skirtumui. Jie privalo išskirti tam tikras teisminių sprendimų klases ir paaiškinti, kodėl buvo įtikinama teisėjų prielaida, jog yra tikėtina, kad norma, didinanti socialinį turtą, dėl šios priežasties sukurs sąlygas progresui kokio nors nepriklausomo socialinio tikslo link, kurį šie teisėjai vertino, – naudos, maksimino, skurdo mažinimo, ekonominės šalies galios užsienio reikaluose ar kokio kito tikslo. Tai tampa didžiai sudėtingu teiginiu, mat jis apima ne tik detalų kauzalinį aiškinimą, bet ir detalią intelektinę istoriją ar sociologiją. Ar teisėjai, kurie plėtojo kaltės dėl aplaidumo reguliavimą arba griežtos teisinės atsakomybės sistemą, taria, jog jų sprendimai sukurs sąlygas vidutinės suminės naudos padidėjimui? Jeigu šie teisėjai visi kaip vienas būtų utilitaristai, kas tuomet tai laikytų privalumu? Ar šis aiškinimas tinka tik tam tikrai bylų grupei tam tikru bendrosios teisės rutuliojimosi momentu? Ar protinga tarti, jog teisėjai per tam tikrą ilgą laikotarpį laikėsi tos pačios socialinės vertės teorijos? Ar įtikinama tarti, pavyzdžiui, jog jie buvo vis tokie pat utilitaristai ir prieš, ir per, ir po šios socialinio teisingumo teorijos akademinio populiarumo laikotarpio? Šitai tik drykšteli paviršių to aiškinimo, kuris būtų reikalingas norint pateikti silpną instrumentinį teisėjų elgesio paaiškinimą turto maksimizacijos sąvokomis, tačiau šito galbūt ir pakanka

parodyti, kaip toli nuo to, ko reikia, yra esama teisės literatūra. Ji nepriėjo nė pradžios pradžios.

Tačiau dabar gali būti paprieštarauta, esą aš reikalauju tikrai per daug ir neteisingai nuvertinu tai, kas jau padaryta. Sakykime, jog ekonomikos analitikai įrodė svarbią koreliaciją tarp sprendimų, kuriuos teisėjai yra priėmę kokioje nors konkrečioje srityje – tarkime, viešosios tvarkos pažeidimų arba aplaidumo, arba kompensaciją pagal sutartį reguliuojančios teisės srityje, – ir sprendimų, kurie būtų buvę priimti teisėjų, eksplicitiškai siekiančių maksimizuoti socialinį turtą. Tarkime, jog nors ir ne kiekvienas realiai padarytas sprendimas yra toks sprendimas, kurį priimtų toks teisėjas, didžioji dauguma jų yra tokie. (Aš žinau, jog ši menama koreliacija yra ginčijama, ir šiame skirsnyje ją pateikiu *arguendo*.) Atrodo kvaila, jei nesakytume įžūlu, nusigręžti nuo visos šios informacijos. Galime laikytis štai kokios pažiūros. Be abejo, būtų dar geriau, jei intelektualus istorinis paaiškinimas galėtų išaiškinti, kodėl realūs teisėjai veikė šitaip, parodydamas, jog patį turto maksimizavimą jie laikė vertės komponentu arba kad jie laikėsi griežtos instrumentinės turto maksimizacijos teorijos arba silpnos instrumentinės teorijos, kuri turėjo nustatytąsias implikacijas. Tačiau ta koreliacija, pati savaime ir be papildomų sąlygų, reikšmingu mastu patobulina mūsų teisinio proceso supratimą.

Mano galva, ši pažiūra yra klaidinga. Ji klaidinga todėl, kad tokia koreliacija neturi jokios aiškinamosios galios, jeigu neparemiama kokia nors motyvacine hipoteze, turinčia nepriklausomą prasmę. Įsivaizduokime štai kokį pratimą. Sukonstruokime binarinę alfabetinę pirmenybės seką išrikiuoti visoms byloms, kada nors spręstoms Ilinojaus valstijos Aukščiausiojo teismo. (Žymime 1, jeigu laimėjusios šalies vardas yra alfabetiškai pirmesnis už pralaimėjusios vardą; priešingu atveju žymime 0. Pamirškime komplikacijas ar lygiąsias.) Pavadinkime šią seką Arthuru. Nesakytume, jog Arthuras paaiškina teisminius sprendimus šiose bylose, nors Arthuras iš tiesų yra tobula koreliacija. Arthuras įgalina neprognozuojamai daug projekcijų į ateitį. Įsivaizduokime, jog kiekvienas akademinis teisininkas Jungtinėse Valstijose suprojektuoja Arthurą į 100 kitų atsitiktinai parinktų vietų.

Tuomet turėtume didžiulę tolesnių sekų gausą (Arthuras Posneris, Arthuras Michelmanas, Arturo Calabresi ir t. t.), viena iš kurių geriau nei bet kuri kita numatytų rezultatus, sakykime, 100 paskesnių sprendimų Ilinojaus valstijos teisme, ir, visai tikėtina, išties numatytų labai tiksliai. Tačiau dė to mes nesakytume, jog, pavyzdžiui, Arthuras Michelmanas pasižymėjo didele numatomąja galia arba buvo geresnė teismo sprendimų priėmimo Ilinojuje teorija.

Šis momentas yra ir akivaizdus, ir svarbus. Mūsų žmonių elgesio aiškinimo standartai reikalauja, – net ir tam, kad kuris nors paaiškinimas galėtų būti kandidatu paaiškinti tą elgesį, – jog jis naudotų arba biologinį, arba motyvacinį aiškinimą. Jei koreliacija, kad ir kokia užtikrinta, negali pažadėti net tokios ryšio perspektyvos – jei šių sąsajų negalima suprasti net ir kaip paslapčių, laukiančių sprendimo, – tai ji virsta grynai atsitiktiniu sutapimu. Pretenzijos į astrologinius ar okultinius elgesio paaiškinimus yra problemiškos šia prasme. Daugeliui žmonių daro įspūdį tai, jog tiek motyvacinio, tiek biologinio aiškinimo galimybę pašalina pozityvios fizikos išvados, kurių neįmanoma kvestionuoti; tačiau kitiems atrodo, jog Hamleto perspėjimas Horacijui yra išmintingas ir aktualus.

Turime tris alternatyvias galimybes. Galime nepaisyti menamos koreliacijos tarp realių ir turtą maksimizuojančių sprendimų kaip atsitiktinės ir pamėginti sukonstruoti bylų sprendimo teorijas, kuriose ji būtų ignoruojama. Šitai atrodo laiko švaistymas ir iškreiptas požiūris, nes ta koreliacija, jeigu ji egzistuoja, skiriasi nuo koreliacijos tarp Arthuro ir bylų, pagal kurias Arthuras buvo sukonstruotas, vienu svarbiu atžvilgiu. Arthuro atveju konstravimo metodas garantuoja, jog koreliacija yra atsitiktinė, o ne aiškinamoji. Ekonominės analizės atveju sutapimas tėra tik viena hipotezė.

Antra galimybė – tęsti pratimą, kurį pasiūliau anksčiau šiame skirsnyje. Galime pamėginti sukonstruoti silpną instrumentinę turto maksimizacijos teoriją, parodančią, kodėl būtent tose teisės srityse, kur ta koreliacija galioja, silpna instrumentinė teorija, pajungta kokiai nors konvencinei socialinės vertės idėjai, tokiai kaip nauda, rekomenduotų turto maksimizavimo strategiją kaip gerą priemonę, ir

kodėl yra įtikinama teigti, jog teisėjai tai suvokė, bent jau apytikriai ir neartikuliuotai. Šis pratimas atves ekonominę analizę į detalių plotmę – tiek politinės teorijos, tiek intelektualinės istorijos, – prie kurių ji iki šiol nė nepriartėjo. Tačiau šio projekto negalima atmesti *a priori*.

Esama ir trečios galimybės. Galime pamėginti įkurdinti tą koreliaciją iš esmės kitokioje analizėje ir aiškinime. Galime pamėginti parodyti, jog sprendimai, kurie atrodo maksimizuoją turtą, yra reikalingi ne kaip instrumentiniai sprendimai siekiant produkuoti tam tikrą dalykų padėtį – socialinį turtą, naudą ar bet kokį kitą dalyką, kurio siekiama politine strategija, – o veikiau kaip principo sprendimai, įgyvendinantys įtikinamą teisingumo koncepciją. Kitaip tariant, galėtume siekti principo paaiškinimo, užuot ieškoję politinės nuostatos paaiškinimo. Įvairiomis progomis esu mėginęs parodyti, kodėl teisminio sprendimo aiškinimui principo pagrindais visuomet turėtų būti atiduodama pirmenybė aiškinimo politinės nuostatos pagrindais atžvilgiu dėl normatyvinių ir pozityvių priežasčių. Taip pat esu iliustravęs principu grindžiamo teisminių sprendimų aiškinimo strategiją, kuri paiso pasekmių, įskaitant padarinius trečiosioms šalims.[122] Ši principo strategija man atrodo daug perspektyvesnė nei ką tik aprašytoji silpna instrumentinė politinio kurso programa.[123] Tačiau aš dar nepateikiau jokių nenuginčijamų motyvų, dėl kurių jūs turėtumėte pritarti mano užtikrintumui.

13. Kuo čia dėtas efektyvumas?*

CALABRESI'O TEISINGOS KOMBINACIJOS SAMPRATA

Guido Calabresi ginčija mano nusakymą, kaip jo teorija aiškina santykį tarp teisingumo ir efektyvumo.[124] Tačiau pavyzdys, kurį jis pateikia iš savo knygos *Nelaimingų įvykių kaštai,* vietoj to patvirtina tą nusakymą.[125] Mat jis man primena argumentuojąs tai, jog teisingumas turėtų būti veto, sustabdantis efektyvumo siekimą, todėl jokia schema, skirta bendru mastu sumažinti nelaimingų įvykių kaštus, neturėtų būti pripažįstama, jei ji iš tikrųjų neteisinga. Aš sutinku, jog yra klaidinama šį pavaizdavimą nusakyti kaip reikalaujantį teisingumo ir efektyvumo kompromiso. Jis reikalauja kompromiso tik ribota (išties pikvikiška) prasme – leksinės subordinacijos vienas kito atžvilgiu prasme, – o tai geriau nusakyti kaip kompromiso galimybės neigimą. Tačiau ši veto galia, taikoma leksinei subordinacijai, vis tiek suponuoja, jog kompromisas yra galimas – kitaip tariant, jog konceptualiai yra kortų malkoje. Taigi tai yra itin raiški klaidingai suprastos teorijos apie efektyvumą versija, teorijos, kurios, kaip sakiau manąs, laikosi Calabresi, drauge su kitais teisės ekonomistais, taip pat modeliuojančiai kompromisus, tačiau teisingumui neteikiančiais tokios dominuojančios galios, kokią jis turi Calabresi'o versijoje.

Tai – teorija, jog socialinio turto verta siekti dėl kokios nors kitos priežasties, ne dėl teisingumo. Kai Calabresi tvirtina, kad kainos sumažinimo tikslai gali konfliktuoti su teisingumo principais ir kad tokiu atveju pastarieji principai turi veto galią, jis neišvengiamai remiasi būtent tokia teorija. Mat jeigu socialinis turtas nelaikomas pagei-

* Pastaba. Pirmą kartą publikuota *Hofstra Law Review,* 8: 563–590 (1980).
© Ronald Dworkin.

dautinu savaime, tuo, ką aš pavadinau vertės komponentu, arba instrumentu siekiant dar kokio nors dalyko, kuris yra vertės komponentas, nėra jokios prasmės sakyti, jog teisingumas turi veikti kaip veto, stabdąs socialinio turto siekimą.

Calabresi kalba apie kompromisą arba kombinaciją ne tarp teisingumo ir kainos sumažinimo, o tarp suminio turto ir jo paskirstymo. Tačiau abejotina, jog jis visiškai atsisakė klaidingos idėjos, latentiškai glūdinčios ankstesnėje perskyroje, – jog suminis turtas yra savaime vertingas. Kad išryškinčiau problemą, turiu padaryti tolesnę perskyrą. Visada, kai turime reikalą su „teisingos" kombinacijos idėja, reikia skirti dvi tos idėjos prasmes. Pirmoji yra sąlygio arba kompromiso tarp dviejų nepriklausomai pageidaujamų gėrybių ar ypatybių prasmė. Pavyzdžiui, tas, kuriam patinka ir parkas, ir grūdinės kultūros, turi galvoti apie geriausią parko ir dirbamų laukų kombinaciją savo valdose. Jis nori turėti kiek galima daugiau ir vieno, ir kito, tačiau kadangi nuosavybės visuma yra ribota, šie norai kertasi, tad jis turi paaukoti kažkiek to, ko jis nori, kad turėtų daugiau to, ko jis nori be to. Jeigu jis pasirenka tam tikrą kombinaciją kaip „teisingą" kombinaciją, o po to randa būdą gauti didesnį grūdų derlių savo dirbamose žemėse, jis tai laikys akivaizdžiu ir besąlyginiu pagerėjimu. (Dabar jis gali arba pakeisti, arba nepakeisti tos kombinacijos taip, kad paliktų daugiau žemės parkui.)

Šią „kompromiso" prasmę, teikiamą sąlygiui arba teisingai kombinacijai, reikia skirti nuo „recepto" prasmės, kuria kokia nors ingredientų kombinacija yra teisinga kombinacija tik dėl to, kad ji produkuos geriausią galutinį produktą. Tam, kuris kepa pyragą, galėtų rūpėti teisinga miltų ir kiaušinių kombinacija – ne dėl to, kad jis teikia nepriklausomą vertę ir miltams, ir kiaušiniams ir nori kiek įmanoma daugiau kiekvieno iš šių ingredientų, o dėl to, kad tam tikra kombinacija kepant pyragus yra geresnė nei bet kuri kita kombinacija. Tarkime, jog teisingas santykis yra du kiaušiniai saikui miltų. Kepėjas, kuriam pasakoma, jog jis gali įdėti tris kiaušinius, sykiu nesumažindamas dedamų miltų kiekio, nemanys, jog šis siūlymas nurodo kelią pagerinti jo situaciją, – jis manys, kad tai tiesus kelias į katastrofą.

Calabresi kalba apie turto ir paskirstymo kompromisą arba kombinaciją. Ar jis turi galvoje „teisingą kombinaciją" kompromiso prasme, ar – recepto prasme? Savo straipsnyje, kurį jis nurodo, aš tariau, jog jis turėjo galvoje kompromiso prasmę. Nurodžiau, jog tokiu atveju jis turi teigti tai, ką aš nesiliauju neigti, būtent tai, jog turtas yra vertės komponentas. Mat jeigu egalitarinis paskirstymas pats savaime yra vertės komponentas – tai, ką verta turėti dėl jo paties, – nėra jokios prasmės ieškoti šios vertybės kompromiso su kokiu kitu dalyku, jeigu tas kitas dalykas nėra irgi vertės komponentas. Jeigu grūdai laikomi vertybe, nėra prasminga turėti mažiau grūdų, kad turėtume daugiau žemės parkui, jei parkas nėra irgi vertingas dalykas.

Tačiau Calabresi sako sutinkąs su manimi, kad socialinis turtas nėra vertės komponentas. Atrodo, telieka du būdai, kuriais galima interpretuoti jo poziciją. Kalbėdamas apie teisingą kombinaciją, jis galėtų turėti galvoje receptą, o ne kompromisą. Arba jis galėtų turėti galvoje kompromisą, tačiau kompromisą ne tarp egalitarinio paskirstymo modelio ir turto kaip vertės komponento, bet tarp to modelio ir turto kaip kito siekinio surogato.

Ar jis turi galvoje receptą? Istorija galėtų plėtotis štai kaip. Naudos maksimumas yra vienintelis savaime vertingas dalykas. Didžiausią įmanomą suminę naudą produkuos receptas, kuris kombinuoja kokį nors mažesnį nei didžiausias galimas suminis turtas turto kiekį su kokiu nors egalitariniu modeliu, kuris nėra toks egalitariškas, koks būtų įmanomai egalitariškiausias modelis; ir tai yra *teisinga* turto ir paskirstymo kombinacija. Tai pasakojimas apie receptą, nes nei turtas, nei egalitarinis modelis nėra vertinami savaime. Jie traktuojami taip, kaip kepėjas, norintis tik pyrago, traktuoja kiaušinius ir miltus. Tačiau kaip tik dėl to aš abejoju, jog ši istorija yra Calabresi'o istorija. Man regis, jis nori pasakyti, jog labiau egalitarinis paskirstymas *yra* tai, ką dera vertinti savaime. Todėl galėtų būti verta turėti mažiau bendrosios suminės naudos, kad būtų galima turėti daug daugiau egalitarinio paskirstymo. Tai atitinka jo simpatingo pliuralizmo dvasią – išties, jis atvirai prieštarauja monistiniam naudos interesui. Todėl aš darau prielaidą, jog jo istorija nėra

tiesmuka naudos recepto istorija – bent jau tol, kol jis pataisys mano supratimą.

Todėl pereinu prie sudėtingesnės argumentacijos, t. y. tariu jį turint galvoje kompromisą, o ne receptą, tačiau – kompromisą tarp egalitarinio modelio, vertinamo savaime, ir socialinio turto, vertinamo kaip kito siekinio, vertinamo savaime, surogatas (arba kaip „netikras taikinys"). Tačiau dabar klaustina, kas yra tas kitas siekinys, kurio siekiant socialinis turtas yra surogatas? Galbūt jis nori pasakyti: suminė nauda. Grindžiamasis kompromisas yra kompromisas tarp suminės naudos ir egalitarinio paskirstymo; paviršiuje praktiniais sumetimais tai virsta kompromisu tarp suminio turto ir egalitarinio paskirstymo. Calabresi nėra monistinis arba absoliutus utilitaristas, tačiau jis gali būti dalinis, į kompromisą einąs utilitaristas.

Ar tai jo istorija? Prieš darydamas teigiamą išvadą, noriu sukonstruoti kitokią istoriją, kurią galima jam pasiūlyti. Tai recepto istorija. Tačiau – lygybės recepto, o ne naudos recepto istorija. Prieš išsakydamas šią lygybės recepto istoriją, turiu šį tą pasakyti apie lygybę kaip apie politinį idealą. Aš darau prielaidą, jog mes abu pripažįstame – kaip fundamentalų principą – tai, jog žmonės paskirstymo reikaluose turėtų būti traktuojami *kaip lygūs*. Tačiau mes žinome, jog tai, ką konkrečiai reiškia tas principas, yra sunkus klausimas. Tolesniame skirsnyje aš išsakysiu vieną įtikinamą lygaus traktavimo principo interpretaciją – vieną lygybės interpretaciją.

Vienodo traktavimo interpretacija

Jeigu reikia paskirstyti fiksuotą identiškų gėrybių sumą, mūsų kaip lygių traktavimo principas reikalauja, kad kiekvienam tektų vienoda šių gėrybių dalis. Tačiau visose visuomenėse, išskyrus primityviausias, įvairios gėrybių formos neskirstomos, nes gali būti produkuotos įvairios gėrybių formos ir turi būti paskirstytos taip pat ir teisės bei galimybės, ne tik kitos nuosavybės formos. Realioje bendruomenėje tai, kas yra iš tikrųjų egalitarinis paskirstymas, yra pakankamai atviras klausimas, dėl kurio protaujančių žmonių nuomonės gali

išsiskirti. Tarkime, pavyzdžiui, jog teises į visuomeninę rimtį arba aplaidumo žalos kompensaciją galime paskirstyti taip, kad žmonėms tektų arba daug lygesnės mažesnio suminės gėrybių produkcijos kiekio dalys, arba ne tokios lygios didesnio suminės produkcijos kiekio dalys. Jeigu antroji dalykų padėtis Pareto efektyvumo atžvilgiu yra pranašesnė už pirmąją, tai mums nebus jokių kliūčių pasakyti, jog pirmoji netraktuoja žmonių kaip lygių. Mat atimti iš žmonių galimybes naudotis gėrybėmis vien iš pagarbos kitų išorinėms preferencijoms – reiškia rodyti panieką tiems žmonėms. (Aš tariu, jog antroji dalykų padėtis iš tikrųjų yra pranašesnė Pareto efektyvumo atžvilgiu, nes niekieno padėtis nepablogėja, net turint omenyje bet kokią galimą žalą savigarbai – žalą, kurią padaro reliatyvus nuskurdinimas.) Tačiau jeigu antroji dalykų padėtis nėra pranašesnė Pareto efektyvumo atžvilgiu, mat kai kurių žmonių gerovė esant pirmajai dalykų padėčiai, absoliučiai imant, būtų didesnė, tai kyla kitokia problema. Tuomet būtina nustatyti, kodėl antrojoje situacijoje padidėja suminis turtas.

Kartais turtiškai neegalitarinis paskirstymas yra politinės ar ekonominės sistemos produktas, sistemos, kuri akivaizdžiai netraktuoja žmonių kaip lygių. Tarkime – jei pasitelktume itin akivaizdų atvejį, – kad paskirstymas yra politinių sprendimų rezultatas, vienai grupei suteikiančių juridinių teisių, kurių nepripažįstama kitai grupei. Tačiau bent jau kartais galima tvirtinti, jog būtent turtiškai egalitarinis paskirstymas pamina giliąją lygybę – t. y. jog turto lygybė netraktuoja žmonių kaip lygių. Įsivaizduokime bendruomenę, kurios kiekvienas narys yra maždaug vienodų gebėjimų ir talentų, tačiau jų koncepcijos, kaip geriausia gyventi, labai skiriasi. Konkrečiai, jie turi skirtingas darbo formų preferencijas ir preferencijas renkantis geriausią darbo ir laisvalaikio kombinaciją. Tačiau kiekvienas gauna tokį pat suminį atlyginimą už visokį atliekamą darbą, ir turtas visų yra vienodas.

Galime panūsti iškelti du priekaištus dėl šios situacijos. Pirma, ji gali būti turtiškai neefektyvi, nes kitokia atlyginimo sistema – kai atlyginimą fiksuoja darbo rinka – tomis aplinkybėmis teiktų daugiau

paskatų plėtoti gamybą ir padidintų suminį turtą. Antra, ji gali būti neteisinga dėl to, kad atlyginimai neatspindi realios kainos, kurią kiti moka už tai, kad kiekvienas asmuo turi laisvę rinktis jam priimtinas darbo formas. Kitokia atlyginimų sistema – tokių, kuriuos fiksuoja darbo rinka, – daug labiau priartintų prie vienodo žmonių traktavimo, nes iš kiekvieno pareikalautų prisiimti atsakomybę už tikrus jo paties sprendimų kaštus. Jeigu laikomės teorijos, aiškinančios, kaip traktuoti žmones kaip lygius, kuri apima principą, jog žmonės turi prisiimti tą atsakomybę, tai galime prieštarauti tai sistemai remdamiesi lygybės, ne tik efektyvumo pagrindais. Mūsų du prieštaravimai tuomet gali būti identiški: sistema yra neteisinga (pagal šią lygybės koncepciją) būtent ta prasme, kuria ji yra neefektyvi. Traukdamiesi nuo turto lygybės, mes pataisome ir savo priekaištus dėl paskirstymo, ne tik turtinius priekaištus.

Mano pavyzdys yra dirbtinis, nes remiasi prielaida, kad žmonės yra lygūs talentais, todėl skirtingi veiklos pasirinkimai reprezentuoja tik skirtingus preferencijų kompleksus. Realiame pasaulyje skirtingi pasirinkimai atspindi ir skirtingus talentus bei skirtingas pradines galimybes. Tačiau net realiame pasaulyje skirtingi veiklos pasirinkimai iš dalies priklauso nuo preferencijų kompleksų skirtumų, todėl turtiškai neefektyvi atlyginimo schema galėtų būti verta prieštaravimo lygybės požiūriu dėl to, kad ji pernelyg priartėjo prie algų lygiavos, nors turtiškai efektyviausia atlyginimo schema taip pat būtų verta prieštaravimo tuo pačiu požiūriu. Realiame pasaulyje tai, koks turtinio efektyvumo laipsnis atlyginimo struktūroje, į viską atsižvelgiant, labiausiai priartėjo prie lygybės reikalavimų įgyvendinimo, būtų sprendimo reikalas. Tačiau greičiausiai tai būtų tam tikras lygmuo tarp visiškos atlyginimo lygybės ir visiško turtinio efektyvumo.

Be to, daugeliu atvejų lygybė reikalautų tokios socialinės tvarkos, kuri maksimizuoja turtinį efektyvumą nepaisant nepriklausomų paskirstymo padarinių, sukeliamų pačios tos tvarkos. Tarkime, kaip aiškina Richardas Posneris, kad aplaidumo reguliavimo sistema delikto teisėje yra turtiškai efektyvesnė nei griežtos teisinės atsakomybės sistema[126], tačiau (priešingai nei taria jo tolesnė prielaida) jos

išlikimas naudingas tai asmenų klasei, – pavadinkime juos užkietėjusiais pėsčiaisiais, – kurie nepasižymi jokiomis kitomis skiriamosiomis savybėmis vien tai, jog jie sudaro ekonominę grupę, kurios padėtis yra blogiausia. Griežta teisinė atsakomybė, galėtume sakyti, iškreipia situaciją, o ne sąlygoja perskirstymą, artinantį prie patrauklesnio paskirstymo modelio. (Visa tai tariu tik *arguendo,* mat žinau, jog kiti nesutiks.) Tuo atveju griežta teisinė atsakomybė būtų – gilesnio principo požiūriu – neegalitarinė, nes pėstieji įgytų galimybę daryti tai, ką daro, už pernelyg mažą kainą, matuojant idealaus egalitarinio aukciono matu, ir nelygybės ženklas ir matas būtų būtent turtinis neefektyvumas. Lygybė reikalautų – ir vėl – eiti turtiškai efektyvaus aplaidumo reguliavimo režimo link.

Recepto tipo lygybės teorija

Tas, kuris laikosi šios giliosios lygybės teorijos, nemano, jog suminis turtas arba suminė nauda, viena vertus, arba turto lygybė, kita vertus, yra vertinga savaime. Jis išties mano, jog kai kuriais atvejais tikra lygybė reikalauja žingsnių turto lygybės link, o kitais atvejais – žingsnių turtinio efektyvumo link. Tačiau jis nenori pasakyti, jog kai šie teisingumo reikalavimai yra teisingai įvertinami ir patenkinami, paaukojama kažkas vertinga. Tarkime, kad gilioji lygybė reikalauja atsisakyti griežtosios teisinės atsakomybės, nors tai reiškia, jog kai kurių pėsčiųjų gerovė dėl to sumenks. Jeigu iki tol visi būtų vienodai turtingi, – ar net jei jie būtų labiau priartėję prie vienodo turto idealo, – tai turto lygybė bus patyrusi nuosmukį. Tačiau šitai savaime nėra tai, dėl ko reikia apgailestauti, nes šiuo atveju turto lygybė būtų neteisinga, ir absurdiška apgailestauti dėl to, kad neturime daugiau to, ko tomis aplinkybėmis mes nenorime turėti. Tai būtų nelyginant apgailestavimas, kad negalima įmaišyti daugiau kiaušinių į pyragą, kuriam panaudotas tam tikras kiekis miltų. Tas, kuris laikosi šios antros teorijos, apgailestautų, kad pėstieji negali turėti to, ko jie nori. Tačiau tai reiškia apgailestauti dėl netekties, kurią patiria šie žmonės, o dėl šito jis apgailestautų nepriklausomai nuo to, ar kiti gauna

naudos, ir tai – kita istorija. Jis neapgailestauja dėl pačios turto lygybės netekties, jei mano, kad gilioji lygybė ne reikalauja tos lygybės formos, o ją smerkia.

Tačiau tarkime, kad gilioji lygybė reikalauja didesnės turto lygybės, dėl kurios sumažės suminis turtas. Šis suminio turto nuosmukis turi reikšti, kad kas nors turės mažiau turto, nei turėtų priešingu atveju, ir šitai gali būti priežastis apgailestauti. Kitaip tariant, mes apgailestaujame, kad negalime patobulinti teisingo paskirstymo Pareto efektyvumo atžvilgiu, ką būtinai padarytume, jei galėtume. Tačiau tai nereiškia, kad mes apgailestaujame dėl to, jog aukojame aukštesnį sudėtinį turto (arba naudos) lygį žemesniam, kad pasiektume teisingumą, ar netgi – kad apskritai suvokiame šiuos mainus kaip aukojimą. Tas, kuris laikosi giliosios lygybės teorijos, neigs, kad esama – net ir *pro tanto* – teisingumo nuostolio, kai suminė nauda sumažėja, jei paskirstymu, kuris netraktuoja žmonių kaip lygių, buvo produkuota didesnė nauda.

Taigi istorija apie giliąją lygybę iš esmės labai skiriasi nuo istorijos apie kompromisą tarp turto lygybės ir didžiausios galimos naudos, nors operatyvinės tų dviejų teorijų rekomendacijos tam tikromis aplinkybėmis gali būti labai panašios. Kitaip tariant – nors jos abi kreips dėmesį tiek į turto lygybę, tiek į turtinį efektyvumą ir reikalaus „teisingos kombinacijos" tarp jų. Mat giliosios lygybės teorija yra recepto tipo teorija: ji skelbia, jog teisingumo esmė yra toks paskirstymas, kuriuo žmonės traktuojami kaip lygūs (arba, jeigu tai ne tas pat, – kad jo esmė yra to paskirstymo patobulinimas padidinant Pareto efektyvumą), ir neigia, jog esama kokios nors nepriklausomos vertės, nesusijusios su tos kalkuliacijos veiksniais, turto lygybėje arba didžiausiame sudėtiniame turte ar naudoje. Anot istorijos apie kompromisą, turto lygybė ir suminė nauda turi nepriklausomą moralinę vertę, tad ar turto lygybės, ar suminės naudos sumažėjimas, net jei jo reikia padidinti kitam, yra *pro tanto* teisingumo nuostolis. Kitaip tariant, pagal kompromiso teoriją, „teisingos kombinacijos" svarba yra išvestinė ar parazitiška: ji yra vertinga kaip teisingas kompromisas tarp dviejų dominuojančios arba pirmutinės vertės tikslų. Tačiau

pagal giliosios lygybės teoriją „teisinga kombinacija“ yra dominuojanti ir pirmutinė, todėl giliojo egalitarizmo šalininkui kalbėti apie kokį nors „kompromisą“ yra klaidinama, nors tai ir įmanoma suprasti.

Antras svarbus skirtumas tarp šių teorijų kyla iš šio pirmojo. Kompromiso teorijai teisingumo klausimas yra balanso klausimas, o tas balansas yra ir neasmeniškas, ir intuityvus. Neasmeniškas dėl to, kad individai tampa instrumentais siekiant sudedamųjų kiekių – tiek lygybės, tiek ir naudos. Intuityvus dėl to, kad teisingas balansas turi būti neartikuliuoto „jausmo“ dalykas. Tuo tarpu egalitarinei teorijai teisingumo klausimas yra teisingumo individualiai kiekvienam asmeniui dalykas, o ne sudėtinių sumų teisingumo dalykas – ir asmens sprendinys apie teisingumą asmenų atžvilgiu priklauso nuo argumentų vertinimo tam tikro konkretaus rezultato požiūriu, o ne nuo intuityvių ir abstrakčių sudėtinių balansų suradimo.

Tai, manau, yra svarbūs teoriniai skirtumai tarp kompromiso teorijos ir giliojo egalitarizmo teorijos. Kokie svarbūs šie skirtumai bus praktikoje, priklausys nuo giliosios lygybės teorijos, kurios laikomasi. Principas, kad žmonės turi būti traktuojami kaip lygūs, įgalina, kaip sakiau, įvairias interpretacijas ir koncepcijas. Tas principas, būtų galima pasakyti, tėra tik schema įvairioms lygybės teorijoms – skirtingoms teorijoms apie tai, ko reikalauja žmonių kaip lygių traktavimas. Tarkime, jog asmuo laikosi štai kokios lygybės teorijos: „Žmonės traktuojami kaip lygūs, kai jie padaromi lygūs gerovės atžvilgiu – išskyrus tuos atvejus, kai gerovės skirtumai produkuos daug daugiau gerovės bendru mastu. Neįmanoma suformuluoti jokio principo, kuris reguliuoja šios išlygos veikimą; viskas priklausys nuo intuicionistinių sprendinių, daromų konkrečiais atvejais.“ Pagal šią teoriją, skirtumas tarp kompromiso teorijos ir giliosios lygybės teorijos beveik išnyksta, nes kompromisas tiesiog įtraukiamas į giliosios lygybės apibrėžimą.

Tačiau esama geresnių ir preciziškesnių giliosios lygybės aiškinimų nei šis. Utilitarinis lygybės aiškinimas yra neabejotinai preciziškenis. Jis skelbia, jog žmonės traktuojami kaip lygūs tuomet, kai gėrybės ir galimybės yra paskirstomos taip, kad būtų maksimizuota

vidutinė nauda tarp tų žmonių. Na, o jeigu kompromiso teorija suvokiama kaip reikalaujanti kompromiso tarp gerovės lygybės ir didžiausios galimos suminės gerovės, tai utilitarinė giliosios lygybės teorija, aišku, duos skirtingus rezultatus, nes ji neigs, jog kokiomis nors aplinkybėmis yra teisinga aukoti tam tikros grupės suminę gerovę gerovės lygybei toje grupėje.

Aš renkuosi kitokį – sudėtingesnį giliosios lygybės aiškinimą nei šis utilitarinis aiškinimas, būtent teoriją, kuria rėmiausi trumpame eskize, pateiktame paskutiniajame skirsnyje. Ši teorija sako, jog individai traktuojami kaip lygūs, kai kiekvieno gyvenimui yra skiriama lygi bendruomenės išteklių dalis, matuojant abstrakčiai, – t. y. prieš nukreipiant šiuos išteklius konkrečiu produkcijos kanalu. Abejoju, ar šis nusakymas gali būti prasmingas perteikiant taip glaustai, – esu pamėginęs nusakyti šią teoriją ir jos implikacijas kiek išsamiau kitoje vietoje.[127] Mano dabartinis tikslas yra ne įtikinti jus šio (ar bet kurio kito) giliosios lygybės aiškinimo privalumais, o tik iliustruoti savo teiginį, jog pagal kai kuriuos tokius aiškinimus kompromiso teorija ir giliosios lygybės teorija duos labai skirtingus rezultatus, tačiau nei viena, nei kita nereikalauja, kad bendruomenė būtų įsipareigojusi suminei turto lygybei arba suminei turto maksimizacijai.

Poleminis, bet stiprus argumentas

Aš viliuosi įtikinti Calabresi'į pripažinti kokią nors recepto tipo giliosios lygybės teoriją, o ne kompromiso teoriją, taigi išvis liautis kalbėjus apie „kompromisą" tarp paskirstymo ir turto, suvokiamų arba kaip vertingų savaime, arba kaip surogatų siekti gerovės lygybės ir gerovės maksimizacijos. Kokius argumentus turėčiau pasitelkti? Mano stipriausias pozityvus argumentas būtų nenuginčijamos giliojo egalitarizmo teorijos išplėtojimas. Pamatysime, ar tai įmanoma. Tuo tarpu siūlau štai kokį poleminį negatyvų, bet vis tiek stiprų argumentą. Aš abejoju, jog jis manys esant patrauklią kompromiso teoriją, kai patikrins bet kokios šitokios teorijos pagrindus.

Mano nusakyta kompromiso teorija – kompromiso tarp gerovės

lygybės ir didžiausios įmanomos sudėtinės gerovės – reikalauja pripažinti tai, ką būtų galima pavadinti pliuralistiniu utilitarizmu. Ši teorija skelbia, jog sudėtinė gerovė nėra vienintelis gėris, o yra mažiausiai vienas gėris, kurį reikia aukoti siekiant kompromiso tiek distribucinio teisingumo sumetimais, tiek to, ką Calabresi vadina „kitu teisingumu", sumetimais. Kitaip tariant, tas, kuris siekia kompromiso, turi būti iš dalies utilitaristas, nes antraip jis negalėtų turto maksimizacijos laikyti vertinga kaip surogato sudėtinei naudai siekti; tačiau – tik iš dalies utilitaristas, nes antraip jis negalėtų leisti teisėms ir kitiems neutilitariniams veiksniams figūruoti taip, kaip sako norįs, kad jie figūruotų.

Iš tikrųjų utilitarizmas yra dvi skirtingos teorijos; arba veikiau esama dviejų skirtingų buvimo utilitaristu prasmių. Viena skelbia, jog suminė nauda yra vertybė, nes malonumas (arba laimė – pagal kokią nors rafinuotesnę koncepciją) yra gėris savaime, todėl juo jo daugiau, juo geriau, visiškai nepriklausomai nuo jo paskirstymo. Tai teleologinis utilitarizmas. Kita skelbia, jog gėrybės turi būti paskirstomos taip, kad būtų produkuota didžiausia vidutinė nauda tam tikroje rūpimoje gyventojų dalyje, nes tik toks paskirstymas traktuoja žmones kaip lygius. Tai egalitarinis utilitarizmas, kurį minėjau anksčiau šioje esė, – jį pavadinau utilitarine lygybės teorija. Įžymieji klasikiniai filosofai utilitaristai, tokie kaip Benthamas, mano supratimu, yra egalitaristai utilitaristai, nors tai turbūt galima ginčyti. Be abejo, modernioji utilitarizmo gynyba, pavyzdžiui, Harsanyi'o[128] ir Hare'o[129] dvasia, yra eksplicitiškai egalitarinis utilitarizmas. Teleologinis utilitarizmas atrodo beveik beprasmiškas. Kaip yra pažymėjęs Rawlsas (ir daugelis kitų), jis rekomenduoja gausiai apgyvendintą pasaulį, kurio kiekvieno gyventojo gyvenimas yra nedaug tevertas, jei sudėtinė laimė yra didesnė nei pasaulyje su mažiau žmonių, kurių vidutinė laimė yra daug didesnė.[130]

Na, bet net dalinis utilitaristas turi rinktis iš šių dviejų buvimo utilitaristu prasmių. Jeigu jis yra egalitarinis utilitaristas – jei jis mano, jog teisingas būdas traktuoti žmones kaip lygius yra kiekvieną laikyti vienetu ir tik vienu bentamiškoje kalkuliacijoje, – tai jis

vis vien gali paaukoti kompromisui aukščiausią vidutinę gerovę dėl įvairių motyvų – pavyzdžiui, kad geriau tarnautų Dievui arba skatintų kultūros pažangą, arba pagerintų genetinį banką. Tačiau jis negali, nenusižengdamas nuoseklumui, siūlyti aukoti didžiausios vidutinės gerovės tam tikroje gyventojų dalyje dėl paprasto turto arba paprastos gerovės lygybės. Žmonių kaip lygių traktavimas, pagal utilitarinę lygybės koncepciją, reikalauja didžiausios sudėtinės gerovės, ir negalima, nenusižengiant nuoseklumui, traktuoti žmonių kitaip nei kaip lygių dėl kokios nors gilesnės lygybės koncepcijos. (Utilitarinę lygybės koncepciją galima *patobulinti* – pavyzdžiui, nebelaikyti paisytinomis išorinių preferencijų[131] – taip, kad žmonių kaip lygių traktavimas nevisiškai sutaptų su vidutinės gerovės maksimizavimu. Tačiau taip būtų atsisakyta kompromiso teorijos recepto teorijos naudai.)

Taigi jeigu Calabresi laikosi mano pasiūlytos kompromiso teorijos, jis turi būti teleologinis utilitaristas. Nėra logiškai nenuoseklu manyti, jog malonumas (ar kokia kita naudos samprata) yra gėris savaime, nepriklausomai nuo paskirstymo, tad pasaulis yra *pro tanto* juo geresnis, juo daugiau jame yra malonumo, kad ir kaip varganai jame dėl to gyvena žmonės. Tačiau tai neprasminga, nes teleologinis utilitarizmas nėra prasminga teorija. Nėra prasminga manyti, jog malonumas savaime yra gėris, nepriklausomai nuo paskirstymo, nors ir kaip varganai egzistuoja kiekvienas. Tai malonumo fetišizmas, kuris yra toks pat kvailas kaip turto fetišizmas. Ar Calabresi nebūtų veikiau linkęs atsisakyti kompromiso tarp paskirstymo ir turto idėjos?[132]

POSNERIO KLAIDINGA PRADŽIA

Richardas Posneris mano, jog valdžios žinybos ir konkrečiai teismai turėtų daryti politinius sprendimus taip, kad maksimizuotų socialinį turtą.[133] Straipsnyje „Etinis ir politinis efektyvumo normos bendrosios teisės bylų sprendime pamatas“ (*The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*) jis susiaurina savo tezę ir pateikia naują argumentą.[134] Jis nori paro-

dyti ne – kaip iki tol – kodėl visuomenė kaip visuma turėtų siekti turto maksimizacijos kiekvienu politiniu sprendimu, o tik kodėl bendrosios teisės teisėjai turėtų spręsti bylas taip, kad maksimizuotų turtą. Jis teikia du argumentus, kuriuos supranta kaip susijusius (ar galbūt net kaip vieną argumentą).[135] Pirma, galima manyti, jog kiekvienas (ar bent jau beveik visi) iš anksto sutinka su principais ar normomis, kuriuos taikys teisėjai, siekiantys maksimizuoti turtą. Antra, šių principų ir normų įgyvendinimas atitinka kiekvieno (ar beveik visų) interesą, įskaitant tuos, kurie dėl to pralaimi bylas. Pirmasis – argumentas, grindžiamas sutikimu, – turi į argumentus už turtą įtraukti autonomijos idėją (taigi ir kantišką bruožą). Antrasis – argumentas, grindžiamas universaliu interesu, – tvirtina nekintamą gerovės svarbą teisingumui, taigi turi įvesti utilitarizmo dozę. Šių argumentų kombinacija, anot Posnerio sugestijos, rodo, jog turto maksimizacijos samprata – bent jau teisėjų įgyvendinamos turto maksimizacijos – perima visa, kas geriausia šiose abiejose tradicinėse politinės moralės teorijose ir išvengia jų gerai žinomų problemų.

Antrąjį teiginį Posneris iliustruoja parodydamas, kodėl, jeigu aplaidumo atvejus reguliuojančios normos turto maksimizacijos požiūriu yra geresnės už griežtą teisinę atsakomybę nustatančias normas, iš to kyla išvada, jog visų tų, kurie gauna naudos iš sumažintų vairavimo kaštų, – beveik kiekvieno – padėtis bus geresnė esant aplaidumą reguliuojančiam režimui nei griežtos teisinės atsakomybės režimo sąlygomis. Pirmasis teiginys – apie sutikimą – tuomet turi išplaukti tiesiogiai: jeigu iš tiesų kone kiekvienas geriau gyvens aplaidumą reguliuojančio režimo sąlygomis, o ne griežtos teisinės atsakomybės sąlygomis, tai teisinga tarti, jog kone kiekvienas būtų pasirinkęs aplaidumo reguliavimą, jeigu jam būtų buvę pasiūlyta rinktis iš šių dviejų režimų pakankamai iš anksto, taigi teisinga manyti, jog beveik kiekvienas yra davęs sutikimą dėl aplaidumo reguliavimo, nors ir niekas iš tikro nedavė tokio sutikimo.

Argumentas, grindžiamas sutikimu

Šie argumentai yra sudėtingesni ir, mano nuomone, painesni nei atrodo iš pradžių. (Juos abu išsamiai aptariau prieš keletą metų.[136]) Svarbu nepamiršti, pirma, jog sutikimas ir savanaudiškas interesas yra savitarpiškai nepriklausomos sąvokos, kurios vaidina nepriklausomus vaidmenis politiniame pateisinime. Jeigu aš esu iš anksto sutikęs su valdymu, besiremiančiu tam tikra norma, tai šitai laikytina paisytinu motyvu taikyti man normą, su kuria aš sutikau. Žinoma, nustatydami, kiek pagrindo teikia mano realus sutikimas, turime pažvelgti į mano sutikimo aplinkybes, konkrečiai tam, kad pamatytume, ar jis buvo pagrįstas informacija ir nepriverstinis. Šiame tyrime klausimas, ar sutikimas atitiko mano savanaudišką interesą, gali figūruoti tik kaip papildomas faktas: jeigu tai akivaizdžiai neatitiko mano savanaudiško intereso, šitai galėtų sugestijuoti – bet neįrodo, – jog mano sutikimas buvo arba nepagrįstas informacija, arba priverstinis. Tačiau tas nuogas faktas, jog mano sutikimas neatitiko mano intereso, savaime nėra argumentas prieš mano sutikimo įgyvendinimą nepaisant mano vėlesnių norų.

Priešingai – tai, jog mano savanaudišką interesą būtų atitikę sutikti su kuo nors, kartais yra papildomas faktas, liudijantis, jog aš išties sutikau, jei klausimas, ar aš iš tikrųjų sutikau, dėl kokios nors priežasties kelia abejonių. Tačiau tik papildomas argumentas: savanaudiško intereso faktas jokiu būdu nereiškia realaus sutikimo. Vis dėlto tam tikromis aplinkybėmis savanaudiško intereso faktas yra geras papildomas argumentas to, ką mes galėtume pavadinti kontrafaktiniu sutikimu: t. y. propozicijos, jog aš būčiau sutikęs, jei manęs būtų paklausta. Tačiau kontrafaktinis sutikimas pats savaime neteikia motyvo įgyvendinti mano atžvilgiu tai, su kuo būčiau (bet nesu) sutikęs. Gal mano ankstesnio savanaudiško intereso faktas išties teikia argumentą įgyvendinti tą principą mano atžvilgiu dabar. Šitai svarstysiu vėliau. Tačiau kontrafaktinis sutikimas, kurio papildomas įrodymas yra savanaudiškas interesas, negali suteikti jokio kito argumento be to, kurį suteikia pats savanaudiškas interesas. Kadangi

Posnerio argumentas, apeliuojantis į sutikimą, visiškai priklauso nuo kontrafaktinio sutikimo ir kadangi kontrafaktinis sutikimas pats savaime yra nerelevantiškas politiniam pateisinimui, argumentas, grindžiamas sutikimu, visiškai subliūkšta. Posnerio apeliacija į „autonomiją" – ir su ja susijusi jo pretenzija į tai, jog suvokė tai, kas vertingiausia „kantiškose" teorijose, – yra visiškai nepagrįsta.

Aš sutinku, kad autonomija yra skirtinga nuo sutikimo samprata. Ji apmąsto tai, kas kartais vadinama – gal kiek klaidinamai – autentišku sutikimu, turint galvoje tikro ar autentiško asmens sutikimą. Ši miglota idėja dažnai aiškinama kaip tam tikro hipotetinio arba kontrafaktinio sutikimo idėja. Tačiau tuomet autentiškumą užtikrina tai – ir viskas priklauso nuo to, kaip specifikuodamos, – kontrafaktinio sutikimo sąlygos. Pats Kantas pasitelkė sudėtingą metafizinę psichologiją kontrafaktiškai identifikuoti autentiško asmens sutikimui. Rawlsas detaliai konstruoja „pradinę poziciją", kaip galima argumentuoti, panašiam tikslui. Tačiau Posnerio argumentas neturi jokios panašios struktūros, todėl neteikia jokio pagrindo manyti, jog kontrafaktinio sutikimo, kurį jis aprašo, pretenzija į autentiškumą – taigi ir į autonomiją – yra stipresnė nei bet koks kitas pasirinkimas, kurį žmonės būtų galėję padaryti, bet nėra padarę.

Kodėl Posneris padarė šią, atrodytų, elementarią klaidą, supainiodamas savanaudišką interesą ir sutikimą? Jo straipsnis teikia pagrindą įvairiems atsakymams. Imkime šį iškilų fragmentą:

> Čia vartojama sutikimo sąvoka nurodo tai, ką ekonomistai vadina *ex ante* kompensacija. Aš tvirtinu – manau, nekontroversiškai, – jog jeigu jūs nusiperkate loterijos bilietą ir nieko nelaimite ... jūs sutikote patirti šį nuostolį. Daugelis nepasirenkamų nekompensuojamų nuostolių, patiriamų rinkoje arba toleruojamų institucijų, kurios pavaduoja rinką, kai negalimas efektyvus rinkos veikimas, yra visiškai kompensuoti *ex ante,* vadinasi, su jais sutinkama.[137]

Šis fragmentas suplaka du klausimus: ar teisinga, jog asmuo turi patirti tam tikrą nuostolį? Ar jis sutiko patirti tą nuostolį? Jeigu aš

įsigyju loterijos bilietą, žinodamas savo šansus, ir nebuvau verčiamas tai padaryti, turbūt teisinga, jog paskui patiriu nuostolį, nes man buvo naudinga prisiimti riziką (gavau „kompensaciją"). Tačiau vargu ar iš to galima daryti išvadą, jog aš sutikau su tuo nuostoliu, – tai netiesa. Ką išties tai reikštų? (Gal tai, jog aš sutikau, kad žaidimas turėtų būti pakreiptas taip, kad aš neišvengiamai nieko neišloščiau?)

Tam tikromis aplinkybėmis būtų galima sakyti, jog aš sutikau su nuostolio *rizika,* o tai – kas kita, nors net šitai yra daug sau leidžianti interpretacija ir daugeliu atvejų yra tiesiog neteisinga. Tarkime, jog (jei nekyla klausimų buvus apgaulę ar privertimą) aš nedovanotinai perdėjau savo šansą laimėti – gal maniau, jog tai garantuotas dalykas. Vis tiek gali būti teisinga tai, kad aš nieko nelaimiu, jei bilietas buvo teisingai įkainotas, nors ir nebūčiau dalyvavęs lažybose, jei būčiau adekvačiai įvertinęs savo šansus laimėti. Visa tai – teisingumo ir sutikimo atskyrimo svarba – yra dar aiškiau „verslo rizikos" atvejais, kuriuos svarsto Posneris. Jis įsivaizduoja atvejį, kai asmuo įsigyja žemės, kurios vertė nukrinta po to, kai netikėtai išsikelia didžiausia gamykla mieste. Jis sako, jog šis nuostolis buvo kompensuotas *ex ante* (taigi, kad su juo buvo „sutikta"), nes „tikimybė, jog gamykla išsikels, buvo įvertinta nustatant sandorio kainą, kurią jie sumokėjo"[138]. Pastarasis teiginys yra mįslingas. Ar ji taria, jog kaina buvo mažesnė, nes abi transakcijos šalys tikėjosi gamyklos išsikėlimo? Tačiau tuomet gamyklos išsikėlimas nebūtų buvęs netikėtas. O gal ji reiškia tiesiog tai, jog bet kas, kad ir ką perkantis ar parduodantis, žino, jog gali nutikti netikėtų dalykų? Kad ir kaip ten būtų, šis argumentas kelia klausimų net kaip argumentas, jog teisinga, kad nuostolis tektų pirkėjui. Mat jis remiasi prielaida, jog šalys jau yra nustačiusios ir supranta, jog nuostolis turi tekti pirkėjui – antraip kaina būtų atspindėjusi ne tik tą riziką, jog gamykla gali išsikelti, bet ir riziką, jog pirkėjui teks pakelti nuostolio naštą, jei gamykla išties išsikeltų.

Tačiau, šiaip ar taip, yra tiesiog neteisinga sakyti, bet kuriuo iš atvejų, jog pirkėjas sutiko su nuostoliu. Gal pirkėjas – nors ir žinojo, kad gamykla, labai tikėtina, išsikels ir kad jam siūloma nuolaida, nes pardavėjas tikisi, jog jei gamykla išties išsikeltų, nuostolis teks pirkė-

jui, – vylėsi, jog gal jam pavyktų įtikinti kokį nors teismą panaikinti pirkimo ir pardavimo sutartį, jei išsikėlimas, dėl kurio baiminamasi, išties įvyktų, arba įtikinti kokią nors legislatūrą ištraukti jį iš finansinės duobės. Tokiomis aplinkybėmis būtų teisinga, jei teismas atmestų prašymą anuliuoti sutartį, tačiau mirtinai klaidinga sakyti, jog pirkėjas yra sutikęs pakelti nuostolio naštą. Kitaip tariant, teisingumo argumentas turi turėti savą pagrindą ir jo nesustiprina jokia prielaida apie sutikimą. Autonomijos samprata nėra šio lošimo korta.

Taigi Posneris galėjo supainioti interesą ir sutikimą dėl to, kad jis supainiojo sutikimą bendresne prasme su teisingumo pagrindais. Antrą raktą spėjimui teikia jo pastabos apie tai, ką jis vadina „implikuojamuoju sutikimu".[139] Jis pripažįsta, jog aplaidumo bylose negalima sakyti, jog ieškovai yra eksplicitiškai sutikę su aplaidumą reguliuojančiomis normomis, o ne su griežtos teisinės atsakomybės normomis – net ta prasme, kuria, kaip jis mano, loterijos bilietų pirkėjai yra sutikę nieko nelaimėti. Tačiau jis sako, jog teismai gali *priskirti* sutikimą tokiems ieškovams taip, kaip teismai priskiria intencijas sutarties šalims, kurios neišaiškino kiekvieno termino reikšmės, arba legislatūroms, kurių priimti įstatymai yra migloti dėl dviprasmybių. Posnerio analogija ir vėl išduoda pynimąsi; šį kartą tai sampyna tarp neišreikšto sutikimo ir kontrafaktinio sutikimo.

Teisininkai nesutaria dėl to, kaip geriausia apibūdinti sutarčių arba įstatymų interpretaciją. Anot vienos teorijos, tai, ką sutarties šalys arba įstatymų leidėjai išsako eksplicitiškai, teismas laiko įkalčiu – ženklu, jog egzistuoja kokia nors individuali arba grupinė psichologinė būklė, kuri ir yra tikroji intencija, tiesa, tokia, kuri niekada neišreiškiama formaliai tam tikrame dokumente. Anot konkuruojančios teorijos, teismas nepretenduoja atskleisti tokios nematomos psichologinės būklės, o veikiau pasitelkia neišreikštos psichologinės būklės fikciją kaip priemonę kokiam nors argumentui apie tai, ką šalys arba legislatūra būtų dariusios (ar gal būtų turėjusios padaryti), jei būtų turėjusios omenyje dabar iškilusį klausimą. Tai skirtingos ir konkuruojančios konstruktyvinės intencijos teorijos būtent dėl to, kad jos išsako labai skirtingus teisminio sprendimo pateisinimus. Jeigu

teisėjas iš tikrųjų atskleidė nematomą, bet tikrą psichologinę būklę – kokį nors sutarties šalims arba legislatyvinės grupės nariams bendrą supratimą, tai to bendro supratimo faktas teikia tiesų argumentą už jo sprendimą. Tačiau jeigu menama psichologinė būklė tėra fikcija, tai fikcija pati savaime negali suteikti jokio argumento. Tuo atveju visą darbą atlieka paties teisėjo pasitelkiami argumentai apie tai, ką šalys arba legislatūra būtų dariusios ar turėjusios padaryti, ir sutikimo idėja nevaidina visiškai jokio vaidmens. Kai Posneris sako, jog teismai galėtų priskirti sutikimą ieškovams automobilių avarijų bylose, negali būti jokios abejonės, kokios rūšies aprašymą jis nori pasiūlyti. Jis nesuponuoja, jog ieškovai slapčia, tačiau iš tiesų sutiko su aplaidumą reguliuojančiomis normomis, nebyliai prisiekdami dėl to kiekvieną rytą prieš pusryčius. Jis nori pasakyti, jog priskirtasis sutikimas būtų fikcija. Jis turi galvoje tik kontrafaktinį, o ne neišreikštą sutikimą. Tačiau kontrafaktinis sutikimas nėra kokia nors silpnesnė sutikimo forma. Tai apskritai ne sutikimas.

Trečia užuomina, kurią siūlo Posneris, yra įdomesnė. Jis pažymi, jog Rawlsas (ir Harsany bei kiti ekonomistai) sukonstravo detalius argumentus teisingumo teorijoms, pagrįstus kontrafaktinio sutikimo sąvoka.[140] Jo intencija yra pateikti tokios pat rūšies argumentą, tačiau jis aiškiai nurodo, jog turi galvoje kitokį pamatą kontrafaktiniam sutikimui pagrįsti ir kitokią teisingumo teoriją. Jis sau nekelia klausimo, dėl ko sutiks šalys kokioje nors pradinėje pozicijoje radikalaus netikrumo sąlygomis, o klausia, dėl ko sutiktų realūs žmonės, iš kurių kiekvienas visiškai detaliai žino savo konkrečią situaciją, naudodamiesi tuo išsamiu supratimu. Jis atsako, kad jie sutiktų ne su principais, siekiančiais maksimino turto atžvilgiu ar netgi vidutinės naudos atžvilgiu, bet būtent su tomis normomis, kurias pasitelktų bendrosios teisės teisėjai, kuriems rūpi maksimizuoti socialinį turtą.

Tačiau Posneris ignoruoja tą faktą, jog Rawlso (ir Harsanyi'io) argumentai turi tą galią, kurią turi, būtent dėl to, kad į klausimus, kuriuos jie nusako, reikia atsakyti radikalaus netikrumo sąlygomis. Išties (kaip esu pamėginęs išaiškinti kitur[141]) Rawlso pradinė pozicija yra stiprus mechanizmas mąstyti apie teisingumą, nes tos pozicijos

struktūra įkūnija ir suteikia galią giliosios lygybės teorijai, aprašytai paskutinėje šios esė dalyje. Ji įkūnija tą teoriją būtent reikalavimu, kad šalys turi sutikti su teisingumo principais, neturėdamos jokių žinių apie kokias nors ypatybes ar atributus, kurie joms suteikia privalumų kitų atžvilgiu, ir be jokių žinių apie tai, kokios gėrio koncepcijos, skirtingos nuo kitų, jos laikosi.

Posneris sako, jog jo paties argumentai patobulina Rawlso argumentus, nes Posneriui rūpi realūs žmonės, priimantys sprendimus to, ką jis vadina „natūraliu" nežinojimu, sąlygomis – jis turi galvoje, spėju, nežinojimą, ar jiems iš tikrųjų nesiseks, – o ne to, ką jis vadina Rawlso „dirbtiniu" ir radikalesniu nežinojimu, sąlygomis.[142] Tačiau šis „patobulinimas" yra pragaištingas. Posneris įsivaizduoja, kaip įsitikinome, ne realų sutikimą. Jeigu jis įsivaizduotų realų sutikimą, tai „natūralaus" nežinojimo laipsnis, priskirtinas pasirinkimo subjektams (arba – o tai iš esmės tas pat – data, ties kuria reikia apibrėžti tą nežinojimą), būtų konkretus. Tai būtų faktinio, istorinio pasirinkimo data. Tačiau kadangi Posneris turi galvoje kontrafaktinį, o ne faktinį pasirinkimą, bet koks nežinojimo laipsnio ar datos išsirinkimas neišvengiamai bus visiškai arbitralus, ir skirtingi pasirinkimai diktuotų labai skirtingas normas kaip teisingas. Pavyzdžiui, būtų akivaizdžiai arbitralu „natūralų" nežinojimą aiškinti taip, esą niekas nežinotų, ar jis bus vienas iš nedaugelio užkietėjusių pėsčiųjų, kurių perspektyvinę gerovę padidintų griežta teisinė atskomybė, o ne aplaidumą reguliuojančios normos, taikomos automobilių avarijoms. Tačiau jeigu natūralus nežinojimas nedaro neįmanomos tokios savižinos, tai Posneris negali teigti, jog net ir kontrafaktinis sutikimas būtų vieningas. Jis būtinai bus daugumos žmonių kontrafaktinio pasirinkimo dalykas, o šitai numato, kaip pamatysime, ne patobulintą rolsiškojo argumento versiją, o tik utilitarinį argumentą.

Situacija netgi blogesnė ir už šią. Mat jeigu čia turime reikalą tik su „natūraliu" nežinojimu, tai nesama nearbitralios priežasties manyti esant neįmanomą žinojimą tų, kurie žino, jog jie jau yra patyrę nesėkmių, – t. y. ieškovų tam tikrose bylose, kurias iš teisėjo reikalaujama išspręsti realizuojant turtą maksimizuojančią normą. Juk bet

kuriuo momentu kai kurie žmonės yra tokioje padėtyje, ir iš jų nebus galima laukti sutikimo, net kontrafaktiškai. Posneris akivaizdžiai nori įteigti sutikimą, kaip paaiškėja, ne natūralus nežinojimo, o pritaikyto nežinojimo, sąlygomis, – nežinojimo, kuris yra dar dirbtinesnis nei Rawlso pradinė padėtis. Bet kokio konkretaus ieškovo atveju jis nori įteigti sutikimą kokiu nors metu po to, kai to asmens vairavimo įpročiai yra pakankamai susiformavę, kad jam galėtų būti naudingi sumažinti vairavimo kaštai, tačiau iki to laiko, kai jis patiria neapdraustą nelaimingą įvykį. Koks tai laiko momentas? Kodėl tas laikas yra lemiamos reikšmės? Rawlsas savo pradinę padėtį su jos radikaliu nežinojimu pasirinko dėl politinės moralės priežasčių: pradinė padėtis, taip apibrėžta, yra instrumentas realizuoti giliosios lygybės teoriją. Posneris, regis, savo aiškinamo kontrafaktinio pasirinkimo sąlygas gali apibrėžti tik kaip tai, kas leidžia pasiekti tų rezultatų, kurių jis nori.

Argumentas, grindžiamas interesu

Posnerio antrasis pagrindinis argumentas, kaip sakiau anksčiau, yra argumentas, grindžiamas daugumos žmonių savanaudišku interesu. Jis žada parodyti, jog beveik kiekvieno asmens interesas yra tas, kad teisėjai, spręsdami bendrosios teisės bylas, teiktų galią toms normoms, kurios maksimizuoja socialinį turtą. Net tie žmonės, kurie nevairuoja automobilio, pažymi jis, naudoja transporto priemones – jie važiuoja autobusais arba yra vežami kitų automobiliais – taigi turi naudos iš vairavimo kaštų sumažinimo. Jeigu vairavimo kaštus sumažintų aplaidumą reguliuojančių normų režimas, o ne griežtos teisinės atsakomybės normų režimas, ir jeigu beveik kiekvienas turėtų naudos bendru mastu dėl to sumažinimo, tai yra įmanoma kažkas labai panašaus į Pareto pateisinimą, ginantį aplaidumo reguliavimą gerovės erdvėje. Beveik kiekvieno gyvenimas pagerėja ir beveik nėra tokių, kurių gyvenimas pablogėja. Žinoma, ne absoliučiai visų gyvenimas bus geresnis – galime įsivaizduoti žmogų, kuris visuomet yra pėsčiasis ir niekuomet nėra net ir keleivis –

tačiau „tik fanatikas" reikalautų visiškos vienovės, kai turime reikalą su Pareto pateisinimu.[143]

Tokia yra Posnerio argumentacija, grindžiama nefanatišku paretizmu, iš kurio pašalinti autonomijos ar sutikimo reikalavimai. Kaip turime ją suprasti? Visų pirma turime pamėginti pasiekti aiškumą dėl to, ką ignoruoja išlyga, kalbanti apie „beveik kiekvieną". Tarkime, kad esu automobilio vairuotojas, kuris pastoviai, visą savo gyvenimą, turiu naudos iš sumažintų vairavimo kaštų, kuriuos padarė įmanomus aplaidumą reguliuojančios teisės institucija. Vieną dieną mane partrenkia (vieno iš mano retų pasivaikščiojimų prie namų metu) neaplaidus vairuotojas, ir mane užgriūva medicinos ir kitokios išlaidos, smarkiai viršijančios tą sumą, kurią aš iki šiol sutaupiau iš sumažintų vairavimo kaštų ir sutaupysiu ateityje iš sumažintų greitosios medicinos pagalbos įkainių ir motorizuoto invalido vežimėlio kainos. Kokia prasme aš gaunu naudos dėl aplaidumą reguliuojančios teisės režimo, kuris nepripažįsta man teisės į kompensaciją, palyginti su griežtos teisinės atsakomybės režimu? Tik to, ką būtų galima pavadinti mano apriorinių savanaudišku interesu, prasme. Iki to momento, kai buvau partrenktas, mano gyvenimas buvo geresnis aplaidumą reguliuojančios teisės sistemos sąlygomis, bent jau jei darome priimtiną prielaidą, jog mano šansai būti partrenktam nebuvo didesni nei kieno kito. Pagaliau juk (pagal hipotezę) aš būčiau galėjęs įsigyti draudimą nuo eismo nelaimių, panaudodamas dalį tų lėšų, kurias sutaupiau kaip automobilio vairuotojas dėl mažesnių vairavimo kaštų. Tačiau po nelaimingo įvykio (jeigu iš tikrųjų aš neįsigijau tokio draudimo) mano gyvenimas būtų geresnis esant griežtos atsakomybės sistemai. Šį skirtumą galima taip pat išreikšti ne laiko terminais, o gerovės, kurios tikimasi, skirtumų skirtingų žinojimo būklių sąlygomis terminais. Kai nežinau, jog ne kas kitas, o aš būsiu partrenktas, mano perspektyvinė gerovė yra didesnė aplaidumo reguliavimo sąlygomis. Kai tai žinau, mano perspektyvinė gerovė yra didesnė griežtos teisinės atsakomybės salygomis.

Tačiau kokį momentą (išreikštą laikiškai arba kaip žinojimo funkcija) reikia pasirinkti mano perspektyvinei gerovei apskaičiuoti?

Tarkime, kad mano byla yra sunkioji byla, nes mano jurisdikcinėje sistemoje iki šiol dar nebuvo nuspręsta, ar tokius atvejus kaip mano reguliuoja aplaidumą reguliuojanti teisė, ar griežtoji teisinė atsakomybė. (Juk būtent tokiose sunkiosiose bylose mums reikalinga bylų sprendimo teorija, tokia kaip ta, kurią siūlo Posneris.) Dabar tai, jog mano gyvenimas būtų buvęs geresnis – iki mane ištikusios eismo nelaimės – aplaidumą reguliuojančios teisės sistemos sąlygomis, atrodo nerelevantiška. Iš tikrųjų aš nepatyriau aplaidumo reguliavimo naudos. Norint tokioje byloje atsakyti, kokios normos režimo sąlygomis kiekvieno gyvenimas bus geresnis, reikia žvelgti tik į ateitį. O aš, pavyzdžiui, negyvensiu geriau aplaidumą reguliuojančios teisės sąlygomis. Mano gyvenimas bus geresnis griežtos teisinės atsakomybės sąlygomis.

Tačiau tarkime, jog sakoma, kad bent jau bet kurio kito asmens – arba bet kurio kito, išskyrus tuos kelis, kurie vaikšto pėsčiomis ir niekuomet nevairuoja automobilio arba nėra vežami, – gyvenimas bus geresnis. Tik mano ir tų užkietėjusių pėsčiųjų padėtis bus blogesnė. Ar tai tiesa? Iš tiesų (jei ignoruojame tuos užkietėjusius pėsčiuosius) visų kitų perspektyvinė gerovė, fiksuojant mano bylos nagrinėjimo momentu, padidės. Tačiau netiesa, kad padidės kiekvieno reali gerovė. Mat bus tokių, kurie nepasirūpins deramu draudimu ir kurių nelydės sėkmė. Jie patirs tokį didelį nekompensuojamą nuostolį dėl ne aplaidumo nulemtų nelaimingų įvykių, kad bus teisinga teigti, jog jų gyvenimas būtų buvęs geresnis, *ex post,* jeigu teismas, spręsdamas mano bylą, būtų įvedęs griežtos teisinės atsakomybės režimą, net kai atsižvelgiame į jų mažesnes vairavimo sąnaudas ligi šiol ir sumažintus greitosios medicinos pagalbos transporto kaštus po to. Tarkime, jog jūs esate vienas iš šių nelaimingų žmonių. Jūs kreipiatės į teismą. Jūs negalite pasakyti, jog neturėjote jokios naudos iš aplaidumą reguliuojančios sistemos, tačiau vis tiek įtaigaujate, jog dabar reikia atsisakyti aplaidumą reguliuojančios sistemos ir įvesti griežtą atsakomybę, pradedant jūsų byla.

Motyvuojant jūsų reikalavimo atmetimą, nebūtų galima sakyti, jog jūs gavote daugiau naudos, nei patyrėte nuostolių, dėl sprendimo

mano byloje. Jūs jos negavote – patyrėte daugiau nuostolių, nei gavote naudos. Tačiau tarkime, jog tai tiesa – kad jūs gavote daugiau naudos, nei patyrėte nuostolių. Pakeiskime faktus dar kartą – taip, kad būtų būtent taip. Tarkime, jog jus šį kartą ištikusi eismo nelaimė nutinka pačioje jūsų perspektyvinio gyvenimo pabaigoje ir kad jūs visgi esate pasidaręs draudimą po sprendimo mano byloje, todėl dabar patirsite tik trumpalaikį jūsų draudimo sumos padidėjimą, jeigu pralaimėsite savo bylą. Iki tol dėl sumažintų vairavimo sąnaudų jūs gavote daugiau naudos, nei patirtumėte nuostolių net tuo atveju, jei pralaimėtumėte savo bylą. Nepaisant to, neteisinga sakyti, kad jūs turėsite daugiau naudos *ateityje,* jeigu teisėjas jūsų byloje atmeta jūsų reikalavimą ir palieka galioti aplaidumo reguliavimo sistemą. Net šių pakeistų faktų fone jūs gausite daugiau naudos, jei dabar įvedama griežta teisinė atsakomybė, pradedant jūsų byla. Antraip (būdamas racionalus) jūs nebūtumėte teikęs prašymo, kurį pateikėte.

Aš tikiuosi, jog mintis dabar yra aiški. Jeigu mes užsimojame bet kokius konkrečius bendrosios teisės sprendimus pateisinti Pareto pagrindais, tai išimčių klasė – klasė tų, kurių padėtis dėl sprendimo pablogėja, – turi apimti mažų mažiausiai tuos, kurie pralaimi bylą, bei kitus panašiose bylose. Pareto pateisinimo nepagerina tai, jog dabar nustatoma norma būtų padidinusi perspektyvinę pralaimėjusiojo gerovę, jeigu būtų buvusi paskelbta anksčiau. Taip pat – tai, jog norma iš tikrųjų buvo nustatyta anksčiau, tad jo perspektyvinė gerovė buvo iš tikro padidinta kokiu nors momentu anksčiau. Taip pat – tai, jog kadangi norma buvo nustatyta anksčiau, pralaimėjęs dabartinį procesą iš tos praeities normos gavo daugiau naudos, nei dabar patiria nuostolių. Nė vienas iš šių dalykų nėra relevantiškas, nes Pareto pateisinimas yra žvelgiantis į perspektyvą, o ne retrospektyvus pateisinimas. Jis teigia, jog sprendimas yra teisingas todėl, kad niekieno padėtis nėra blogesnė dėl to, jog priimamas *šis* sprendimas. Tačiau tuomet visi tie, kurių padėtis perspektyviniu požiūriu pablogės, turi būti kontrpavyzdžiai siūlomam Pareto pateisinimui. Šie įvairūs *retro*-spektyvūs motyvai išties galėtų būti relevantiški kitokios rūšies pateisinimui, ginančiam teisminį sprendimą. Konkrečiai, jie

galėtų būti relevantiški įprastiniam argumentui, grindžiamam teisingumu. (Šį argumentą svarstysiu vėliau.) Tačiau jie nėra relevantiški Pareto pateisinimui, o būtent tokį pateisinimą Posneris labai stengiasi pateikti.

Ar Posnerį čia gelbsti jo įspėjimas, jog tik fanatikas reikalautų absoliutaus vienbalsiškumo? Gal išties atrodo fanatiška reikalauti, kad visi iki vieno gautų naudos – ar bent jau nepatirtų nuostolio – prieš visokio socialinio sprendimo priėmimą. Jeigu pripažintume šį suvaržymą, nebūtų galima pateisinti beveik nė vieno socialinio sprendimo. Vis dėlto būtent to reikalauja Pareto kriterijus. Jis reikalauja, kad niekieno padėtis nebūtų blogesnė, ir jei kieno nors padėtis pablogėja, tai Pareto pateisinimas ne šiaip tampa silpnesnis; jis sugriūva. Pareto pateisinimas reikalauja visko arba nieko, panašiai kaip nėštumas, taip pat juridiškai konstatuojama mirtis.

Kodėl? Mat jeigu Pareto kriterijus netraktuojamas kaip reikalaujantis visko arba nieko, kaip fanatiškas šia prasme, jis pavirsta utilitariniu kriterijumi. Konkrečiai, jis prisiima visą tiek konceptualinių, tiek moralinių utilitarinių teorijų nuodėmių naštą. Tarkime, jog mes formuluojame Pareto kriterijų štai kokiu nefanatišku būdu: „Politinis (įskaitant teisminį) sprendimas yra pateisinamas, jeigu jis pagerina didelės daugumos žmonių padėtį ir tik reliatyviai nedidelio skaičiaus žmonių padėtis pablogėja“. Be abejo, šį kriterijų turime interpretuoti kaip reikalaujantį paisyti gerovės, padidėjusios arba netektos, kiekybę, ne tik skaičiaus tų, kurie gauna naudos arba patiria nuostolį. Antraip šis kriterijus galėtų pateisinti katastrofiškus nuostolius, patiriamus mažo skaičiaus žmonių tam, kad daugelis gautų tokios menkos naudos, jog pastarosios suma, pagal bet kokį skaičiavimą, nė iš tolo nesiektų tų nuostolių sumos. Tačiau kai mes įvedame gerovės, padidėjusios ir netektos, kiekybės dimensiją, sykiu sukeliame gerai žinomas atskirų asmenų gaunamos naudos gretinimų problemas. Vienas svarbus argumentas už Pareto kriterijų yra tas, jog jis leidžia išvengti tokių gretinimų; jeigu paaiškėja, jog vis dėlto jis jų nepadeda išvengti, tai šį argumentą tenka atsiimti.

Antras argumentas už Pareto kriterijų yra politinės moralės argu-

mentas. Utilitarizmas susiduria su problema, kaip tam, kuris pralaimi bentamiškoje kalkuliacijoje, išaiškinti, kodėl teisinga versti jį kentėti, kad kiti klestėtų. Utilitarizmo kritikai skelbia, kad joks bentamiškas pateisinimas, pasiūlytas jam, neišvengs to, ką aš pavadinau skirtumo tarp žmonių ignoravimo dviprasmiška nuodėme.[144] Tuo tarpu jeigu konkrečiam politiniam sprendimui yra galima pateikti fanatišką Pareto pateisinimą, šitos problemos – kaip paaiškinti, kodėl asmuo turi gyventi blogiau, kad kitų gyvenimas būtų geresnis, – išvengiama. Aš nenoriu pasakyti, kad Pareto pateisinimai yra visiškai neproblemiški. Tas, kuris laikosi giliojo egalitarizmo teorijos, grindžiančios absoliučią gerovės lygybę, prieštaraus sprendimui, kuris kai kurių gyvenimą padaro geresnį ir nė vieno gyvenimo nepablogina, jeigu tas sprendimas sugriauna iki tol egzistavusią absoliučią gerovės lygybę. Tačiau fanatiški Pareto pateisinimai tikrai išvengia akivaizdžiai rimtesnės problemos – kaip pateisinti kai kurių žmonių netektis, neišvengiamas norint, kad kiti galėtų turėti naudos.

Be to, svarbu matyti, jog šitai nėra pralaimėjusių skaičiaus problema. Tarkime, kad tik vienas asmuo pralaimi kliaudamasis bentamišką ja kalkuliacija. Jeigu tas faktas, jog naudos, gaunamos kitų, galutinė suma nusveria nuostolį, patiriamą to vieno asmens, teikia jo nuostolio pateisinimą, tai toks pat pateisinimas, akivaizdu, turi būti įmanomas, kai pralaimėjusių skaičius padidėja iki bet kokio skaičiaus, su sąlyga, kad sudėtinė nauda vis dar viršija sudėtinį nuostolį. Lemiamos reikšmės dalykas yra tai, kad individualiu atveju kyla principo klausimas. Tai tarsi adatos skylutė; jeigu nauda gali prasliįsti pro tą skylutę, ji patenka į dangų. Taigi mūsų sušvelnintas Pareto kriterijus negali turėti jokio politinės moralės pranašumo tiesaus bentamizmo atžvilgiu. Nefanatiškas paretizmas yra ne kas kita kaip utilitarizmas.

Laikas susumuoti. Posneris entuziastingai teigia, kad turto maksimizacija kombinuoja pačius patraukliausius tiek kantiškosios atidos autonomijai, tiek utilitarinės atidos individualioms preferencijoms bruožus, sykiu išvengdamas abiejų šių tradicinių teorijų ekscesų. Jo argumentacija, grindžiama kontrafaktiniu sutikimu, sumanyta suteikti teorijai kantiškų bruožų. Tačiau tai klaidinga: sutikimo idėja

neturi visiškai jokios funkcijos toje teorijoje, tad ir rėmimasis autonomija tėra fasadas. Jo argumentacija, grindžiama visuotiniu interesu, sumanyta suteikti teorijai utilitarinių bruožų. Tačiau jis tai atlieka pernelyg gerai. Posneris negali pretenduoti pateikęs tikrą Pareto pateisinimą bendrosios teisės sprendimams – sunkiosiose ar paprastosiose bylose. Jo švelni paretizmo versija tėra utilitarizmas su visomis jo karpomis. Jo esė kelias baigiasi ta tradicine teorija, nuo kurios jis iki tol labai stengėsi atsiriboti.

Anapus sutikimo ir intereso

Ar įvairiuose Posnerio svarstymuose galime rasti kokį nors teisingumo argumentą, patrauklesnį už tuos, kuriuos jis išsako detaliai? Atrodo, galima įžvelgti štai kokį bendrą principą (galime jį pavadinti apriorinio intereso principu). Jeigu norma atitinka kiekvieno apriorinį interesą tuo metu, kai yra priimama, tai teisinga įgyvendinti tą normą netgi tų atžvilgiu, kurie, kaip galiausiai paaiškėja, pralaimi dėl jos priėmimo, su sąlyga, kad, žvelgiant iš anksto, tikimybė, kad jie dėl jos pralaimės, nebuvo didesnė nei tikimybė, kad pralaimės kiti. Tai, kaip matėme, ne Pareto kriterijus, taip pat ne visi sutiks, jog tai teisingas principas. Išties, aš pateiksiu motyvų tuo abejoti. Tačiau jis turi pakankamai pradinio patrauklumo, kad paklaustume, ar jis suteikia pamatą Posnerio argumentams už turto maksimizaciją sprendžiant bylas.

Apriorinio intereso principo negalima panaudoti tiesiogiai ginant kokią nors konkrečią turto maksimizacijos normą, kurią teisėjas gali pirmą kartą pritaikyti sunkiojoje byloje. Mat jokia konkreti norma neišlaikys kriterijaus, kurį teikia šis principas: ji neatitiks tos šalies, kurios atžvilgiu yra naudojama jos priėmimo momentu, intereso, nes jos priėmimo laikas yra būtent laikas, kai ji naudojama to asmens atžvilgiu. Tačiau apriorinio intereso principas išties atrodo remiąs bylų sprendimo meta-normą (pavadinkime ją alfa), kuri numato, jog sunkiojoje byloje teisėjai turi rinktis ir taikyti tą normą, – jei iš viso kokią nors, – kuri tuo momentu atitinka apriorinius didelės daugumos

žmonių interesus, nors ir neatitinka interesų tos iš šalių, kuri tuomet pralaimi. Kai alfa galioja bendruomenėje bent kažkiek laiko, pati alfa tenkina apriorinio intereso principo kriterijų. Kiekvienam individui alfa gali būti nepalanki, nes dėl jos padidėja tikimybė, jog jo atžvilgiu bus taikoma kokia nors norma, kuri veiks jo interesų nenaudai. Pavyzdžiui, užkietėjusių pėsčiųjų atveju alfa gali lemti didesnę tikimybę, kad bus priimta aplaidumą reguliuojanti norma. Tačiau kadangi kiekvienas individas gaus naudos dėl kitų normų priėmimo alfos dėka – užkietėję pėstieji turės naudos dėl visokių bendrosios teisės normų, kurios veikia jų naudai, kaip ir daugumos kitų naudai – galima būtų įtikinamai pasakyti, jog *pati* alfa yra apriorinis absoliučiai kiekvieno interesas. Tačiau net jeigu paaiškėja, jog tai netiesa – jog esama tam tikros ekonominės ar kitokios mažumos, kuri paprastai patiria nenaudą dėl pačių įvairiausių konkrečių normų, tenkinančių alfos kriterijų, – tai gali būti reikalinga padaryti alfos pataisas. Todėl performuluokime alfą štai kaip: sunkiojoje byloje teisėjai turėtų pasirinkti tą normą, – jei apskritai kokią nors, – kuri tuo momentu atitinka apriorinius didelės daugumos žmonių interesus ir nepriešTarauja ekonominės grupės, kurios padėtis blogiausia, interesams ar bet kokios kitos grupės, kuri būtų bendrai imant ir aprioriškai nustumta į blogesnę padėtį, kaip grupė, įgyvendinant šį principą be šio patikslinimo, interesams.

Dabar Posneris mano, kad alfa (nuo šiol suprantama kaip papildyta nurodytuoju būdu) reikalautų iš teisėjų sprendžiant bendrosios teisės bylas taikyti turto maksimizavimo kriterijų, bent jau bendrai imant. Jeigu taip išties yra, tai apriorinio intereso normos ir alfos kombinacija galėtų atrodyti teikianti teisingumo argumentą už (bent jau bendrai imant) turtą maksimizuojantį bendrosios teisės bylų sprendimą. Tai būtų svarbi išvada ir, manau, akivaizdi pažanga, palyginti su ankstesniais mėginimais pateisinti turto maksimizaciją kaip bylų sprendimo standartą. Labiau įtikinama yra argumentuoti, kad bendrosios teisės bylų sprendimo sąlygomis turtą maksimizuojančios normos yra teisingos, negu sakyti, kad turtas yra gėris savaime arba kad jis yra kauzališkai susijęs su kitomis, nepriklausomai nusakomomis,

gėrybėmis taip, kad instrumentiškai pateisina doktriną, jog visuomenė turėtų beatodairiškai laikytis turto siekinio.

Taigi turime gerą pagrindą klausti, ar apriorinio intereso principas yra teisingas. Turėtume pažymėti, jog jeigu tą principą galėtų prasmingai taikyti Rawlso pradinės padėties dalyviai ir jeigu jie nusprendžia taikyti būtent jį, tai kaip fundamentalų teisingumo principą jie pasirinktų vidutinės naudos principą, o ne tuos principus, kuriuos, jais dėtas, pasirinktų Rawlsas. (Harsanyi ir kiti, kaip mums primena Posneris, pasisakė už vidutinę naudą būtent šiuo būdu.) Tačiau galime iškart suvokti vieną priežastį, dėl kurios pradinės padėties dalyviai, pagal vieną jų interesų apibūdinimą, nepripažintų apriorinio intereso principo. Jeigu jie santūriai vertintų riziką ir dėl šios priežasties laikytųsi maksimino strategijos, jie kratytųsi to principo, nes jis veikia tų nenaudai, kurie vienu ar kitu atžvilgiu yra labai skriaudžiami likimo.

Jau matėme, kodėl šitaip yra. Tarkime, kad alfos egzistavimo laikotarpis apima ne vieną generaciją. Tačiau klausimas, ar aplaidumą reguliuojanti teisė arba griežta teisinė atsakomybė galioja eismo nelaimėms, niekuomet nebuvo išspręstas. Koks nors asmuo, sužeistas neaplaidaus vairuotojo ir neturintis draudimo, patiria, kad teismas, paisydamas alfos, pasirenka aplaidumą reguliuojančią normą ir tas asmuo dėl to sužlugdomas medicinos išlaidų. Jis argumentuoja, kad šitai yra neteisinga. Negali būti įtikinamas atsakymas, jog ekonominė grupė, kuriai jis priklauso, turi naudos, drauge su visais kitais, dėl aplaidumo reguliavimo režimo. Bylą jis pralaimi. Tačiau nebūtinai tiesa ir tai, kad, kaip paaiškėja, jis gavo daugiau naudos, nei patyrė nuostolių dėl to, jog jo bendruomenė yra pripažinusi alfą. Sunku įvertinti, kiek jis gavo naudos. Turėtume klausti, kokie kiti argumentai būtų palankūs toms normoms, kurios buvo priimtos anksčiau alfos dėka, kad būtų galima nuspręsti, ar būtų priimtos tos pačios normos net jeigu alfa būtų buvusi atmesta iš pat pradžių. Tačiau jeigu jis absoliučiai sužlugdomas nekompensuojamos eismo nelaimės, jo padėtis išties galėtų būti geresnė, *ex post,* jei alfa niekuomet nebūtų buvusi pripažinta.

Tarkime, jog atsakydami į jo skundą jam sakome, kad jis turėjo žinoti, jog bet kokią bylą alfa išspręs aplaidumo reguliavimą priešpriešindama griežtajai teisinei atsakomybei už nelaimingus įvykius, ir turėjo numatyti, jog alfa reikalauja aplaidumą reguliuojančių normų, ir įsigyti deramą draudimą, saugantį nuo neaplaidaus sužalojimo, padaromo ne dėl aplaidumo. Jis atsakys, gana įtaigiai, kad mes nustūmėme visus svarbius klausimus. Pirmiausia, iš to fakto, jog alfa rekomenduoja aplaidumą reguliuojančias normas, negalima daryti išvados, kad argumentas, kad ji tai rekomenduoja, buvo – tikrąja prasme – viešai galimas. Tas argumentas gali būti pagrįstas gana sunkiai suprantama ekonomine analize, pirmą kartą išplėtota ir panaudota ryšium su šiuo konkrečiu teisminiu ginču. Antra, mūsų atsakymas remiasi prielaida, kad alfa yra teisinga, todėl jis privalėjo į ją atsižvelgdamas tinkamai apsidrausti, tačiau būtent šitai jis ir ginčija. Jis negali sakyti, jog sutiko su alfa, tik todėl, kad ji atitiko jo apriorinį interesą, kai buvo institucionalizuota, – toks teiginys pakartotų Posnerio pradinę klaidą. Taip pat jis nesutiks, jog teisinga jo atžvilgiu taikyti kokį nors standartą tiesiog dėl to, kad jis yra gavęs kokios nors naudos iš to praeityje, ypač jeigu jis neturėjo pasirinkimo ir turėjo pripažinti tą naudą.[145] Turime parodyti, kad apriorinio intereso principas yra teisingas, o ne tiesiog jį teigti.

Šiuos prieštaravimus, manau, nuskaidrinsime, jei sukonstruosime kitokį principą (pavadinkime jį beta). Beta savo pamatine formuluote nėra principas byloms spręsti, kaip alfa, tačiau ji teikia tokį principą. Beta iš esmės yra socialinės atsakomybės teorija. Pačia abstrakčiausia forma ją galėtume suformuluoti štai kaip. Žmonės turėtų prisiimti atsakomybę už tokių eismo nelaimių kaštus (apibrėžiamus, kaip ir kitur šioje esė, plačiai), jeigu atsakomybė už tokius kaštus jiems būtų priskirta įstatymų leidybos būdu idealioje bendruomenėje, kurioje kiekvienas veikė ir balsavo vadovaudamasis teisingumo jausmu bei siekdamas abipusio ir vienodo rūpesčio ir pagarbos, remdamasis reikiama informacija, kuri, pridurtina, yra lengvai ir viešai prieinama veikėjui bei patikima. Tikrai galėtų būti sakoma, kad beta (nusakyta šiuo abstraktumo lygiu) yra tik atsako-

mybės principo schema, o ne pats principas. Protaujantys žmonės, kurie ją pripažįsta, vis tiek nesutars dėl to, ko ji reikalauja, nes jie nesutaria dėl to, kaip teisingi žmonės veiktų ir balsuotų. (Beta, galėtume sakyti, įgalina įvairias interpretacijas ar koncepcijas.) Tačiau net formuluojant taip abstrakčiai, beta toli gražu nėra tuščia. Priešingai, ji reikalauja labai daug – gal net pernelyg daug – nes siūlo teikti galią tiems teisės aktams, kurie būtų priimti tam tikromis be galo mažai tikėtinomis aplinkybėmis, tačiau realiai dar niekad nebuvo priimti. Beta yra griežta atsakomybės teorija, nes tai natūralios atsakomybės teorija, priklausoma nuo kontrafaktinių nuostatų apie įstatymų leidybą. Kas nors galėtų dėl suprantamų motyvų manyti, jog beta iš žmonių reikalauja patiems prisiimti atsakomybę už ne aplaidumo nulemtų nelaimingų įvykių kaštus, bet neigti, jog jie turėtų taip daryti, kol ir jeigu teisės aktai, apibūdinti betoje, nėra realiai egzistuojantys teisės aktai. Kitaip tariant, jis pripažįsta, kad beta reikalauja prisiimti kokią nors konkrečią atsakomybę, tačiau jis betą atmeta.

Nors beta yra natūralios atsakomybės teorija, ji teikia rekomendaciją bylų sprendimui, konkrečiai bendros bylų sprendimų teorijos kontekste, kuri teigia, jog iš principo teisme galia turėtų būti teikiama natūralioms teisėms ir pareigoms. Tačiau tarkime, jog kas nors dabar sako, kad beta yra ne kas kita kaip alfa. Arba (galbūt šiek tiek įtikinamiau), kad alfa yra viena betos interpretacija ar koncepcija. Bet kuris iš šių teiginių būtų klaidingas ir rimtas painiojimas. Mat alfa tam tikromis, pernelyg gerai žinomomis, aplinkybėmis rekomenduos tokius teisminius sprendimus, kuriems jokia įtikinama betos interpretacija negalėtų pritarti. Tarkime, kaip mes ką tik įsivaizdavome, jog tam tikra norma tenkina alfos reikalavimus, tačiau dėl motyvų, kurie yra nei gerai žinomi, nei visuotinai naudojami, o yra išplėtoti bylų sprendimo praktikoje būtent taip, kaip galėtų būti deramai išplėtoti, su atodaitra į įstatymų leidybą, sunkiai suprantami ekonominiai duomenys arba ekonominė analizė. Alfa reikalaus, kad ta norma būtų taikoma tam, kuris, nors ir žino apie alfą, nebūtų galėjęs užtikrintai numatyti tos normos. Beta neeliminuos visų netikėtumų:

jei žmonės radikaliai nesutaria dėl to, ko ji reikalauja, nes nesutaria dėl grindžiamųjų moralinių dalykų, tai kam nors išties gali būti netikėtas jos taikymas. Tačiau šio nesitikėjimo pagrindai ir incidentai labai skiriasi kiekvieno iš šių dviejų principų atveju.

Antrasis skirtumas man atrodo svarbesnis. Apsvarstykime štai kokį gerai žinomą argumentą apie tokio principo kaip alfa pasekmes. Tarkime, jog teisingumo motyvai reikalauja, kad tam tikros grupės nariai – pavyzdžiui, skurdžiai gyvenantieji arba neišsilavinę – turėtų tam tikras sutarties privilegijas arba imunitetą, užtikrinamus specialių normų arba bendrų normų, kurios turės ypatingą svarbą žmonėms, esantiems jų situacijoje. Tačiau jeigu teismas priima tokią normą, tos grupės nariai ilgalaikėje perspektyvoje nukentės, nes sumenks tikimybė, kad komersantai ar kiti sutarčių subjektai sieks sutarties su jais, arba dėl to, kad šie reikalaus kompensacinio kainos pakėlimo ar kitų sąlygų, arba kokiu kitu būdu statys kliūtis šios normos tikslo požiūriu. Alfa dabar teiktų argumentus prieš tiesiogiai ginamąją normą. Jeigu laikomasi alfos, kas nors dabar svarstomoje byloje pralaimi – tas, kuriam pasakoma, jog nors teisingumas pateisintų jam palankų sprendimą, jeigu jo atvejis galėtų būti svarstomas paisant tik jo esmės, jis turi pralaimėti, kad būtų apsaugoti kiti jo ekonominės klasės žmonės ateityje. Tačiau beta teikia kitokių argumentų. Ji atsižvelgia į tai, jog kiti veiks taip, kad teisingumo reikalavimus padarys nerelevantiškus natūralios atsakomybės klausimui, taigi ir nerelevantiškus klausimui, keliamam bylui sprendimui. Komersantai, kurie ignoruos į blogesnę padėtį nustumiamos grupės pretenzijas, kurias, kaip mes tariame *arguendo,* motyvuoja teisingumas, nesielgs taip, kaip jie elgtųsi kontrafaktinėmis sąlygomis, nustatomomis natūraliai atsakomybei fiksuoti.

Įstatymų leidėjai, be abejo, būtų išmintingesni, jei paisytų realaus pasaulio, o ne kontrafaktinių sąlygų, taigi jei vedliu rinktųsi alfą, o ne betą kurdami į ateitį orientuotą teisę, reguliuojančią kontraktinį imunitetą, atsakomybę už eismo nelaimes ir t. t. Kai kurie žmonės galėtų manyti, jog teisėjai, sprendžiantys sunkiąsias bylas, taip pat turėtų rinktis alfą, o ne betą, tačiau kiti, gal jautresni skirtumams

tarp klausimų, pateikiamų toms dviem institucijoms, nesutiks. Aš tik aiškinu, kad beta yra skirtinga nuo alfos tiek tuo, ko ji reikalauja, tiek savo filosofiniu pamatu.

Tačiau nemaža betos reikalavimų sutaps su alfos. Jeigu Posneris yra teisus, pavyzdžiui, dėl santaupų iš sumažintų kaštų fakto ir paskirstymo esant aplaidumą reguliuojančiai normai, tiek beta, tiek alfa reikalaus aplaidumo reguliavimo režimo, o ne griežtos teisinės atsakomybės režimo tam tikrame bylų rate. Pagal dar įtikinamesnę prielaidą, beta, kaip ir alfa, rekomenduos kokią nors Hando kriterijaus versiją kaip pamatą aplaidumo aritmetikai.[146] Galbūt ir beta, kaip ir alfa, paprastai rekomenduos turtą maksimizuojančias normas tos rūšies ginčams, kurie sprendžiami teisme remiantis bendrosios teisės pagrindu. (Galimas dalykas, kad beta rekomenduotų turto maksimizavimo normą didesniame skaičiuje tokių bylų, nei rekomenduotų alfa.)

Kokias išvadas turėtume padaryti? Beta, kaip bylų sprendimo vedlys, man atrodo vidujai patrauklesnė už alfą. Beta pati yra natūralios atsakomybės principas, taigi, kaip bylų sprendimo vedlys, vienija bylų sprendimą ir privačią moralę ir įgalina teigti, jog sprendimas sunkiojoje byloje, priskiriantis atsakomybę kuriai nors iš šalių, paprasčiausiai pripažįsta tos šalies moralinę atsakomybę. Alfa pati visiškai nėra atsakomybės principas, o tik vedlys išmintingai į ateitį orientuotai įstatymų leidybai. Ji turi kliautis apriorinio intereso principu, kad teiktų teisingumo argumentą bylų sprendime, o tas principas (kaip pažymėjome svarstydami priekaištus to, kuris pralaimi, kai pritaikoma alfa) yra su rimtais defektais.

Tačiau bet kuriuo atveju esama lemtingo prieštaravimo kliovimuisi alfos ir apriorinio intereso principo kombinacija norint pateisinti turtą maksimizuojančius sprendimus mūsiškėje teisinėje sistemoje. Aš apėjau šią problemą, aiškindamas argumentus už alfą, tačiau dabar turiu jos imtis. Apriorinio intereso principas niekuomet negali pateisinti pačios alfos įvedimo sunkiojoje byloje, mat jeigu koks nors bendruomenės narys tąsyk pralaimi, nors antraip nebūtų pralaimėjęs, – pralaiminti šalis toje byloje arba kas kitas, – tai apriorinio

intereso principas pažeidžiamas. Tik jei alfa galioja jau kurį laiką, kiekvieno, kuris *tuomet* yra bendruomenės narys, apriorinį interesą gali atitikti tai, jog ji *yra* įvesta. Niekuomet negali būti teisinga įvesti alfą pirmą kartą (jeigu šio veiksmo teisingumas priklauso nuo apriorinio intereso principo), tačiau jos įvedimas laikui bėgant gali nustoti buvęs neteisingas.

Ar tai nuobodus techninis argumentas, kviečiantis atkreipti dėmesį tik į kokią nors neteisingumo prielaidą seniai praėjusioje praeityje, ar tai, kas praktiškai svarbu? Šitai priklauso nuo to, kaip suprantamas alfos priėmimas. Ar galime sakyti, kad alfa jau buvo priimta kaip bylų sprendimo principas teisinėje sistemoje, kai sprendimai, kuriuos priėmė teismai (ar buvo linkę priimti), yra tokie pat kaip sprendimai, kurių būtų reikalavusi alfa, jei ji būtų buvusi aiškiai priimta? Ar tai galime sakyti tik tuomet, kai alfa buvo aiškiai priimta ir ja buvo remiamasi darant tuos sprendimus? Apriorinio intereso principas remia alfą tik tuomet, kai ji buvo priimta antrąja prasme. Tas principas suponuoja momentą, kuomet žmonių apriorinę ar perspektyvinę gerovę padidina socialinis sprendimas bylas spręsti tam tikru būdu, o tokio momento nefiksuoja tiesiog grupė sprendimų, kurie būtų buvę padaryti institucijos, kuri būtų priėmusi tą sprendimą. Mat niekieno perspektyvinė gerovė nebus padidinta taip, kaip žada alfa, tiesiog sprendimų kursu, kad ir kaip jis derėtų su alfa, kuris kyla ne iš bendro įsipareigojimo diegti alfą, ir šitai yra tiesa net tuo atveju, jeigu tas sprendimų kursas realizavo alfą ne atsitiktinumo dėka, bet kokios nors nematomos rankos dėka ar netgi veikiant pasąmoninėms teisėjų motyvacijoms. Lemiamą reikšmę turi būtent įsipareigojimas, o jis gali būti realus tik priėmus principą antrąja prasme.

Tačiau kadangi taip yra, alfa niekuomet nebuvo priimta reikalaujamąja prasme mūsiškėje teisinėje sistemoje, net jei visiškai pripažįstame pozityvius Posnerio ir kitų teiginius apie aiškinamąją turto maksimizacijos sampratos galią. Taigi mes negalime kliautis alfa, norėdami parodyti, kad turtą maksimizuojantys sprendimai praeityje buvo teisingi kokios nors alfos ir apriorinio intereso principo kombinacijos dėka. Taip pat šia kombinacija negalime kliautis norėdami

pateisinti kokius nors turtą maksimizuojančius sprendimus ateityje. Kitaip tariant, įdėmiau pažvelgus, alfa atkrinta kaip kandidatė būti normatyvinės turto maksimizacijos teorijos pamatu.

Gal mums išties telieka beta. Beta nesikliauja apriorinio intereso principu taip, kaip juo kliovėsi alfa. Beta pati yra teisingumo principas – ji yra, kaip sakiau, natūralios atsakomybės principas – apriorinio ir nors kai kam ji atrodys pernelyg daug reikalaujanti, jai nereikia jokios pagalbos iš antecedentinio intereso principo, kad galėtų būti laikoma teisingumo argumentu sprendžiant bylas. Neturi reikšmės tai, jog beta niekuomet nebuvo aiškiai pripažinta mūsų teisinės sistemos įsipareigojimu. Ji, taip sakant, pati pajėgi pretenduoti būti teisingumo principu. Jeigu galima parodyti, jog praeities sprendimai buvo tokie, kuriuos beta būtų pateisinusi, tai galioja kaip argumentas, jog šie sprendimai yra teisingi. Jeigu tą patį galima parodyti kalbant apie ateities sprendimus, šitai, be jokių papildomų motyvų, rekomenduoja šiuos sprendimus kaip teisingus.

Todėl būtų gerai išsamiau, nei aš čia darau, pasiaiškinti galimybes argumento, kad beta reikalauja tokių bendrosios teisės sprendimų, kurie (bent jau tam tikrame bylų rate) yra būtent tie sprendimai, kurie maksimizuoja turtą. Jeigu beta išties turi šią implikaciją, tai kantiškas turto maksimizacijos pateisinimas gali išties būti įmanomas. Taigi ilgai trunkančios Posnerio normatyvinės bylų sprendimo teorijos filosofinio pamato paieškos gali baigtis tuo, kas pradžioje atrodė be galo mažai tikėtina teritorija jo atveju. Mat kantiškosios moralės šaknys (kaip beta beveik šaukte šaukia) yra giliai egalitarinės.

PENKTA DALIS

ATVIRKŠTINĖ DISKRIMINACIJA

14. Bakke'o byla: ar taikyti kvotas – neteisinga?*

1977 metų spalio 12 dieną Aukščiausiasis teismas išklausė žodinę argumentaciją byloje *Kalifornijos universiteto valdyba prieš Allaną Bakke'ą* (The Regents of the University of California v. Allan Bakke). Jokia byla niekuomet nebuvo taip visuotinai stebima ar taip nuodugniai dėl jos diskutuojama nacionalinėje ir tarptautinėje spaudoje dar iki teismo sprendimo. Nepaisant to, kai kurie iš pačių reikšmingiausių faktų, pateiktų teismui, nebuvo aiškiai reziumuoti.

Kalifornijos universiteto Deivise medicinos mokykla vykdo afirmatyviojo veiksmo programą (pavadintą „specialios paskirties būrio programa"), sukurtą siekiant priimti daugiau juodaodžių ir kitų mažumų studentų. Ji rezervuoja šešiolika vietų, dėl kurių konkuruoja tik „edukaciškai ir ekonomiškai nuskriaustos mažumos". Allanas Bakke'as, baltasis, padavė dokumentus į vieną iš kitų aštuoniasdešimt keturių vietų; jis nebuvo priimtas, tačiau kadangi jo egzamino balai buvo reliatyviai aukšti, medicinos mokykla pripažino, jog ji negali įrodyti, kad jis nebūtų buvęs priimtas, jeigu šešiolika rezervuotųjų vietų būtų buvusios jam atviros. Bakke'as kreipėsi į teismą, teigdamas, jog specialios paskirties būrio programa iš jo atėmė jo konstitucines teises. Kalifornijos Aukščiausiasis teismas sutiko ir nurodė medicinos mokyklai jį priimti. Universitetas padavė apeliaciją Aukščiausiajam teismui.

Deiviso mažumų programa yra tam tikrais atžvilgiais atviresnė (kai kas pasakytų – nuožmesnė) nei panašūs planai, dabar įgyvendinami

* Pastaba. Pirmą kartą publikuota *The New York Review of Books*, November 10, 1977. © Ronald Dworkin.

daugelyje kitų Amerikos universitetų ir profesinių mokyklų. Tokios programos siekia padidinti juodaodžių ir kitų mažumų studentų skaičių, leisdamos jų rasinės priklausomybės faktą laikyti afirmatyviu argumentu juos priimti. Kai kurios mokyklos nusistatė tam tikrą „siektiną" mažumų vietų skaičių, užuot rezervavusios apibrėžtą skaičių vietų. Tačiau Deivisas neužpildydavo numatyto skaičiaus rezervuotųjų vietų, jeigu nebūdavo šešiolikos mažumų kandidatų, kuriuos ji manytų esant aiškiai tinkamus medicinos mokslams. Tad skirtumas yra administracinių strategijų, o ne principo skirtumas.

Taigi konstitucinis klausimas, iškilęs *Bakke* byloje, yra kapitalinės svarbos aukštajam mokslui Jungtinėse Valstijose, ir didelis skaičius universitetų ir mokyklų surašė *amicus curiae,* ragindami teismą atšaukti Kalifornijoje priimtą sprendimą. Jų nuomone, jeigu jiems nebus leista naudoti akivaizdžiai rasinius kriterijus savo priėmimo programose, jie negalės vykdyti to, ką jie laiko savo prievolėmis nacijai.

Dažnai sakoma, jog afirmatyvaus veiksmo programos tikslas yra kurti rasiškai sąmoningą visuomenę, padalytą į rasines ir etnines grupes, kiekviena iš kurių kaip grupė turi teisę į kokią nors proporcingą išteklių, karjeros pozicijų ar galimybių dalį. Tai iškreiptas nusakymas. Amerikos visuomenė jau dabar yra rasiškai sąmoninga visuomenė; tai neapeinama ir akivaizdi vergovės, represijos ir prietaringos išankstinės nuostatos istorijos pasekmė. Juodaodžiai vyrai ir moterys, berniukai ir mergaitės nėra laisvi patys pasirinkti vaidmenis – ar narystę socalinėse grupėse, – kuriuos jiems savo apibūdinimuose skiria kiti. Jie yra juodaodžiai, ir joks kitas asmenybės bruožas ar įsipareigojimas, ar ambicija neturės tokios fundamentalios įtakos tam, kaip jie bus suvokiami ir traktuojami kitų, taip pat gyvenimo, kurį jie galės susikurti, galimybės ir pobūdis.

Menkutis skaičius juodaodžių gydytojų ir kitų profesionalų yra sykiu ir amerikiečių rasinio jautrumo pasekmė, ir išliekanti priežastis, viena grandis ilgoje ir savaeigėje grandininėje reakcijoje. Afirmatyviojo veiksmo programos naudoja rasiškai atvirus kriterijus, nes jų tiesioginis tikslas yra padidinti tam tikrų rasių narių skaičių šiose

profesijose. Tačiau jų tikslas ilgalaikėje perspektyvoje yra bendru mastu *sumažinti* Amerikos visuomenės rasinio jautrumo laipsnį.

Šios programos remiasi dviem sprendiniais. Pirmasis yra socialinės teorijos sprendinys: jog Jungtinės Valstijos ir toliau bus draskomos rasinių perskyrų, kol pačios pelningiausios, norimiausios ir svarbiausios karjeros pozicijos lieka daugiausiai baltosios rasės narių prerogatyva, tuo tarpu kiti jaučiasi sistemiškai išstumti iš profesinio ir socialinio elito. Antrasis yra strategijos apskaičiavimas: jog juodaodžių, dirbančių visose profesinėse srityse, skaičiaus padidinimas ilgalaikėje perspektyvoje sumažins frustracijos ir neteisingumo, ir rasinės savimonės jausmą juodaodžių bendruomenėje iki tokio lygio, kai juodaodžiai gali imti galvoti apie save kaip individus, kurie gali siekti sėkmės kaip kiti talentu ir iniciatyva. Tuo laiko momentu ateityje nerasimų priėmimo programų pasekmės, kad ir kokios tos pasekmės būtų, galėtų būti pripažintos be jokio rasinių barjerų ar neteisybės jausmo.

Todėl pats blogiausias iš visų įmanomų nesusipratimų yra tarti, jog afirmatyvaus veiksmo programos yra sukurtos produkuoti balkanizuotą Ameriką, padalytą į rasines ir etnines subnacijas. Jos naudoja griežtas priemones dėl to, kad švelnesnės priemonės nepasieks rezultato; tačiau jų galutinis tikslas yra sumažinti, o ne padidinti rasės svarbą Amerikos socialiniame ir profesiniame gyvenime.

1970 metų gyventojų surašymo duomenimis, tik 2,1 procento Amerikos gydytojų buvo juodaodžiai. Afirmatyviojo veiksmo programos siekia užtikrinti, kad daugiau juodaodžių daktarų teiktų paslaugas juodaodžiams pacientams. Taip yra ne dėl to, jog yra pageidautina, kad juodaodžius gydytų juodaodžiai, o baltuosius – baltieji, bet dėl to, kad šiandien menkai tikėtina, jog baltieji galės tinkamai aptarnauti juodaodžius ne dėl kokios nors šių kaltės, ir dėl to, jog neužtikrinus, kad juos aptarnaus daugiau jiems pasitikėjimą keliančių gydytojų, tik paaštrės – o ne sumažės – apmaudas, kuris lemia tai, jog jie dabar pasitiki tik savais. Afirmatyvusis veiksmas mėgina užtikrinti, kad daugiau juodaodžių būtų baltųjų gydytojų klasės kolegos, ne dėl to, jog yra pageidautina, kad medicinos mokyklos

auditorija atspindėtų rasinę visos bendruomenės struktūrą, bet dėl to, kad profesinis bendravimas tarp juodaodžių ir baltųjų sumažins laipsnį, kuriuo baltieji galvoja apie juodaodžius kaip apie rasę, o ne kaip apie žmones, taigi ir laipsnį, kuriuo juodaodžiai patys apie save šitaip galvoja. Jis siekia suteikti „vaimenų modelius" ateities juodaodžiams gydytojams – ne dėl to, jog yra pageidautina, kad juodaodis berniukas ar mergaitė suaugusius modelius sau rastų tik tarp juodaodžių, bet dėl to, kad mūsų istorija padarė juos tokius sąmoningus dėl savo rasės, jog tikėtina, kad baltųjų sėkmė šiandieninėje atmosferoje jiems reikš mažai arba nieko.

Kampanijos prieš rasinį neteisingumą istorija nuo 1954 metų, kai Aukščiausiasis teismas priėmė nutartį *Brown v. Board of Education* byloje, yra didele dalimi nesėkmių istorija. Mums nepavyko pakeisti rasinės sąmonės mūsų visuomenėje rasiškai neutraliomis priemonėmis. Todėl turime pareigą su įsijautimu ir be išankstinio nusiteikimo pažvelgti į argumentus, ginančius afirmatyvųjį veiksmą. Žinoma, jeigu Bakke'as yra teisus sakydamas, jog tokios programos, kad ir kokios veiksmingos jos būtų, pažeidžia jo konstitucines teises, tai negalima leisti jų tęsti. Tačiau turime jų neuždrausti dėl kokios nors paikos maksimos vardu, tokios kaip maksima, jog negali būti teisinga ugnimi kovoti su ugnimi arba kad tikslas negali pateisinti priemonių. Jeigu strateginiai argumentai už afirmatyvųjį veiksmą yra nenuginčijami, jų negalima atmesti tuo pagrindu, jog atvirai rasiški kriterijai yra nemalonūs. Jeigu tokie kriterijai yra nemalonūs, taip gali būti tik dėl priežasčių, dėl kurių tos fundamentinės socialinės realijos, kurias puola tos programos, yra dar nemalonesnės.

Sakoma, kad pliuralistinėje visuomenėje narystė tam tikroje grupėje negali būti nurodoma kaip kriterijus prileisti arba atskirti nuo gėrybių. Tačiau narystė grupėje, kaip socialinės realybės, o ne formalių priėmimo standartų dalykas, yra dalis to, kas mums šiandien lemia įtraukimą arba atskirtį. Jeigu turime rinktis arba visuomenę, kuri yra iš tikrųjų liberali, arba neliberalią visuomenę, kuri skrupulingai vengia formalių rasinių kriterijų, mes vargu ar galime apeliuoti į liberalaus pliuralizmo idealus kaip motyvą pasirinkti pastarąją.

Archibaldas Coxas, Harvardo teisės mokykloje kalbėdamas Kalifornijos universiteto vardu, žodiniame ginče pasakė Aukščiausiajam teismui, jog tai yra pasirinkimas, kurį turi padaryti Jungtinės Valstijos. Esant dabartinei dalykų padėčiai, sakė jis, afirmatyviojo veiksmo programos yra vienintelė efektyvi priemonė padidinti juodaodžių gydytojų skaičių, kuris dabar yra absurdiškai mažas. Kalifornijos Aukščiausiasis teismas, patvirtindamas Bakke'o pretenziją, paragino universitetą siekti šio tikslo tokiais metodais, kurie akivaizdžiai rasės nepaiso. Tačiau tai nerealistiška. Turime skirti, sakė Coxas, dvi interpretacijas to, ką reiškia Kalifornijos teismo rekomendacija. Ji galėtų reikšti, jog universitetas turėtų siekti to paties tiesioginio tikslo – padidinti juodaodžių ir kitų mažumų studentų proporciją medicinos mokykloje – tokia priėmimo procedūra, kuri išoriškai nėra rasiškai jautri.

Tai veidmainiška rekomendacija. Jeigu tie, kurie administruoja priėmimo standartus, kad ir kaip šie būtų suformuluoti, supranta, jog jų tiesioginis tikslas yra padidinti juodaodžių skaičių mokykloje, tai jie naudos rasę kaip kriterijų darydami įvairius subjektyvius sprendinius, kurių reikalaus tikslūs kriterijai, nes šitai, turint omenyje tikslą, bus vienintelis teisingas kelias padaryti tuos sprendinius. Tačiau ta rekomendacija galėtų reikšti, jog mokykla turėtų priimti kokį nors rasiškai nesąmoningą tikslą, kaip antai tikslą padidinti visų rasių studentų, kurių socialinė padėtis blogesnė, skaičių, ir tuomet viltis, jog šis tikslas produkuos juodaodžių skaičiaus didėjimą kaip šalutinį produktą. Tačiau net jeigu ši strategija nėra tokia veidmainiška (o tai toli gražu nėra akivaizdu), ji beveik garantuotai sužlugs dėl to, kad joks kitoks tikslas, skrupulingai administruojamas ne rasiškai sąmoningu būdu, reikšmingai nepadidins juodaodžių medicinos studentų skaičiaus.

Coxas pasiūlė stiprų įrodymą šiai išvadai, taip pat ją remia nauja ir plačios apimties ataskaita, parengta Carnegie'io aukštojo mokslo politinės strategijos tyrimų tarybos. Tarkime, pavyzdžiui, jog medicinos mokykla rezervuoja atskiras vietas kandidatams, kurių socialinė padėtis „blogesnė" pagal kokį nors rasiškai neutralų kriterijų, kaip

antai neturto kriterijų, ir leidžia dėl tų vietų šitaip konkuruoti tik tiems nuskriaustiesiems. Jeigu mokykla iš tos grupės atrenka tuos žmones, kurie gavo geriausius balus standartiniuose tinkamumo studijoms medicinos mokykloje egzaminuose, tai ji nepriims beveik visų juodaodžių, nes juodaodžiai gauna reliatyviai mažus balus net tarp ekonomiškai nuskriaustųjų. Tačiau jeigu mokykla atranką tarp nuskriaustųjų vykdo pagal kokį nors kitą, ne egzamino balų kriterijų, būtent tokiu būdu, kuris įgalins didesnio skaičiaus juodaodžių sėkmę, tai ji neadministruos tos specialios procedūros ne rasiškai sąmoningu būdu.

Taigi Coxas galėjo pateikti savo argumentus dviejų paprastų teiginių forma. Rasiškai sąmoningas priėmimo kriterijus, net toks, kuris rezervuoja tam tikras vietas išskirtinai tinkamiems mažumos kandidatams, tarnauja tikslams, kurie patys savaime nenusipelno prieštaravimo ir netgi yra neatidėliotini. Be to, tokios progamos yra vienintelė priemonė, teikianti bent kiek svaresnį pažadą, jog tie tikslai bus pasiekti. Jeigu šios programos sustabdomos, tai į medicinos ar kitas profesines mokyklas įstos ne daugiau nei saujelė juodaodžių studentų iki kitos kartų pamainos.

Jeigu šie teiginiai yra protingi, tai kuo remiantis galima manyti, jog tokios programos yra arba neteisingos, arba nekonstitucinės? Turime pažymėti svarbią perskyrą tarp dviejų skirtingų prieštaravimų rūšių, kurie galėtų būti pateikti. Šių programų intencija, kaip sakiau, sumažinti rasės svarbą Jungtinėse Valstijose ilgalaikėje perspektyvoje. Gali būti paprieštarauta, pirma, jog šios programos labiau pakenks tam tikslui, nei prisidės prie pažangos jo siekiant. Dabar neįmanoma įrodyti, kad taip nėra. Savo argumentacijoje Coxas pripažino, kad šios programos kelia kaštų problemas ir yra neatsiejamos nuo rizikos.

Pavyzdžiui, afirmatyviojo veiksmo programos atrodo skatinančios populiarų klaidingą supratimą būtent tuo, jog daro prielaidą, kad rasinės ar etninės grupės turi teisę į proporcingą galimybių dalį, todėl italų arba lenkų etninės mažumos – teoriškai – lygiai taip pat

turi teisę į savo proporcinę dalį, kaip ir juodaodžiai arba iš Lotynų Amerikos kilę amerikiečiai, arba Amerikos indėnai turi teisę į dalį, kurią jiems skiria esamos programos. Tai akivaizdi klaida: tos programos pagrįstos ne idėja, jog tie, kuriems reikia paramos, turi teisę į paramą, o tik strategine hipoteze, jog pagalba jiems dabar yra efektyvus būdas spręsti nacionalinę problemą. Kai kurios medicinos mokyklos tam tikromis aplinkybėmis išties galėtų padaryti tokį sprendimą dėl baltųjų etninės mažumos. Išties atrodo tikėtina, jog, pavyzdžiui, kai kurios medicinos mokyklos net dabar stengiasi padėti baltiesiems Apalačų kandidatams, diegdamos regionų atstovavimo programas.

Taigi šis populiarus supratimas yra klaidingas, tačiau kol jis gyvuoja, tai – kaina, mokama už tą programą, nes nuostatos, kurias ji skatina, linksta tam tikru mastu didinti, o ne mažinti žmonių jautrumą rasei. Į kainą, kurią mokame už tas programas, galima įtraukti ir kitas reakcijas. Pavyzdžiui, sakoma, jog kai kurie juodaodžiai afirmatyvųjį veiksmą mano esant žeminantį; jie mano, jog jis daro juos jautresnius, o ne mažiau jautrius prietaringai nuostatai prieš jų rasę. Manau, ši pažiūra taip pat pagrįsta klaidingu suvokimu, tačiau bent jau nedidelei juodaodžių mažumai šitai išties yra kainos, kurią tenka mokėti už tas programas, dalis.

Tačiau daugelio svarbių universitetų, kurie turi tokias programas, požiūriu, labai tikėtina, jog naudingi efektai siekiant mažinti rasinį jautrumą bendru mastu pranoks šio proceso produkuojamus priešingus efektus. Ši pažiūra vargu ar yra tokia neįtikinama, kad būtų galima laikyti klaidingu šių universitetų siekį įgyti patirties, kuri mums leis spręsti, ar jie yra teisūs. Uždrausti šiuos eksperimentus būtų juolab kvaila, jei mes žinome, jog nemėginimas reikš, kaip rodo faktai, kad *status quo* beveik garantuotai tęsis. Šiaip ar taip, šis pirmas prieštaravimas negalėtų suteikti jokio argumento, kuris pateisintų Aukščiausiojo teismo sprendimą, skelbiantį tas programas nekonstitucinėmis. Aukščiausiajam teismui nėra jokio reikalo piršti savo spekuliatyvų sprendinį apie tikėtinas edukacinių politinių strategijų pasekmes vietoj profesionalių švietimo ekspertų sprendinio.

Taigi pripažįstamas netikrumas dėl tokių programų rezultatų ilgalaikėje perspektyvoje negalėtų pateisinti jas delegalizuojančio Aukščiausiojo teismo sprendimo. Tačiau esama antro ir visai kitokios formos prieštaravimo. Galima tvirtinti, jog net jeigu programos *yra* efektyvios siekiant, kad mūsų visuomenė būtų mažiau dominuojama rasės, jos vis tiek yra nekonstitucinės, nes pažeidžia individualias konstitucines teises tokių žmonių kaip Allanas Bakke'as, kurie dėl to negauna tam tikrų vietų. Žodinėje argumentacijoje Reynoldas H. Colvinas iš San Francisco, Bakke'o advokatas, aiškiai nurodė, jog jo prieštaravimas yra šios antros formos. Aukščiausiojo teismo teisėjas White'as paklausė jo, ar jis sutinka su tuo, jog tikslai, kurių siekia afirmatyviojo veiksmo programos, yra svarbūs tikslai. Colvinas pripažino, jog jie yra svarbūs. Tarkime, jog teisėjas White'as tęsia, sakydamas, jog afirmatyviojo veiksmo programos yra, kaip buvo teigęs Coxas, vienintelė efektyvi priemonė pasiekti tokių tikslų. Ar Colvinas vis vien ir toliau tvirtintų, kad programos yra nekonstitucinės? Taip, jis neatlyžtų, jog jos būtų nekonstitucinės, nes jo klientas turi konstitucinę teisę į tai, kad tų programų būtų atsisakyta, nepaisant pasekmių.

Colvinui nepritrūko išminties savo prieštaravimus pagrįsti šiuo antruoju pagrindu; jis buvo pakankamai išmintingas, kad teigtų, jog jo klientas turi teisių, kurios nepriklauso nuo jokio sprendinio apie tikėtinas afirmatyviojo veiksmo pasekmes visuomenei kaip visumai, nes jeigu jis apgina šį teiginį, tai teismas privalo suteikti jam palaikymą, kurio jis siekia.

Tačiau ar jis gali būti teisus? Jeigu Allanas Bakke'as turi konstitucinę teisę, tokią svarbią, jog neatidėliotini afirmatyvaus veiksmo tikslai turi jai nusileisti, tai šitaip turi būti dėl to, kad afirmatyvusis veiksmas pažeidžia kokį nors fundamentalų politinės moralės principą. Tai nėra tas atvejis, kai tai, ką būtų galima pavadinti formaliąja ar technine teise, reikalauja sprendimo vienos arba antros alternatyvos naudai. Konstitucijos tekste nėra nieko, kas aiškiai reikštų afirmatyviojo veiksmo draudimą. Tik pačios naiviausios įstatymų aiškinimo teorijos galėtų teigti, jog tokio rezultato reikalauja kokio

nors ankstesnio Aukščiausiojo teismo sprendimo tekstas arba 1964 metų Civilinių teisių akto kalba, arba bet kurio kito Kongreso išleisto akto kalba. Jeigu Colvinas yra teisus, taip turi būti dėl to, kad Allanas Bakke'as turi ne paprasčiausiai kokią nors techninę juridinę teisę, bet svarbią moralinę teisę.

Kokia galėtų būti ta teisė? Populiarus argumentas, dažnai teiktas redakcijos skiltyse, skelbia, jog Bakke'as turi teisę būti vertinamas pagal savo vertumą. Arba kad jis turi teisę būti vertinamas kaip individas, o ne kaip socialinės grupės narys. Arba kad jis turi teisę – lygiai taip pat, kaip ir bet kuris juodaodis, – nebūti aukojamas arba atskirtas nuo kokios nors galimybės vien dėl savo rasės. Tačiau šios sentencijos čia yra apgaulingos, nes, kaip parodo refleksija, vienintelis tikras principas, kurį jos nusako, yra principas, jog niekas neturėtų nukentėti dėl kitų išankstinės neigiamos nuostatos ar paniekos. O šis principas išvis neturi ryšio su šia byla. Nepaisant populiarios nuomonės, idėja, jog *Bakke* byla reprezentuoja konfliktą tarp pageidaujamo socialinio tikslo ir svarbių individualių teisių, yra intelektinės painiavos pavyzdys.

Apsvarstykime, pavyzdžiui, teiginį, kad individas, pretenduojantis į vietą medicinos mokykloje, turėtų būti vertinamas pagal savo vertumą ir tik pagal jį. Jeigu šis devizas reiškia, jog priėmimo komisijos turėtų nepaisyti nieko, išskyrus pažymius, gautus už kokį nors konkretų protavimo gebėjimų testą, tai jis yra arbitralus ir, šiaip ar taip, jam prieštarauja senas tradicijas turinti kiekvienos medicinos mokyklos praktika. Tačiau jeigu jis reiškia, jog medicinos mokykla turi išsirinkti kandidatus, iš kurių, kaip ji taria, išeis patys reikalingiausi gydytojai, tai viskas priklauso nuo sprendinio, kokie faktoriai įvairius gydytojus daro reikalingus. Deiviso medicinos mokykla kiekvienam eiliniam pretendentui, lygiai kaip ir kiekvienam mažumos kandidatui, nustatė tai, ką pavadino „lygio žyma". Šis pažymis atspindėjo ne tik tinkamumo egzaminų rezultatus ir koledžo pažymių vidurkius, bet ir subjektyvų stojančiojo galimybių tapti efektyviu daktaru įvertinimą atsižvelgiant į egzistuojančius visuomenės poreikius

medicinos priežiūros srityje. Galima numanyti, jog savybės, laikytos svarbiomis, buvo kitokios nei savybės, kurių reikalautų teisės arba inžinerijos, arba verslo mokykla, kaip ir protinių gebėjimų testai, kuriuos gali naudoti medicinos mokykla, skirtųsi nuo testų, kuriuos manytų esant deramus šios kitos mokyklos.

Nesama jokios gebėjimų, įgūdžių ir bruožų kombinacijos, kuri nusako „vertumą" abstrakčiai; jeigu miklios rankos laikomos „vertinga" ypatybe būsimam chirurgui, taip yra dėl to, kad miklios rankos jam leis geriau tarnauti žmonėms, ir dėl jokios kitos priežasties. Jeigu juoda odos spalva, – nors dėl to tenka apgailestauti, – įgalins kitą gydytoją geriau atlikti kitokį medicininį darbą, tai juoda oda taip pat yra „vertinga" savybė. Šis argumentas kai kam gali atrodyti pavojingas; bet tik dėl to, kad jo išvadą – jog juoda oda tam tikromis aplinkybėmis gali būti socialiai pravartus bruožas – jie painioja su visai kitokia – niekinga idėja, jog viena rasė gali būti iš prigimties vertesnė už kitą.

Apsvarstykime antrąją iš minėtų sentencijų. Sakoma, jog Bakke'as turi teisę būti vertinamas kaip „individas", sprendžiant, ar jį reikia priimti į medicinos mokyklą, taigi ir į medicinos profesiją, ir teisę būti vertinamas ne kaip kokios nors grupės narys, apie kurią sprendžiama kaip apie kolektyvinę visumą. Ką tai galėtų reikšti? Bet kokia priėmimo procedūra turi remtis bendromis taisyklėmis grupėms – bendromis taisyklėmis, kurios yra pateisinamos tik statistiškai. Pavyzdžiui, bendrasis priėmimo procesas Deivise nustato atkrentamąjį lygį koledžo pažymių vidurkiams. Stojantieji, kurių vidurkiai nesiekia to skaičiaus, nekviečiami pokalbio, taigi atsijojami iš karto.

Stojantysis, kurio vidurkis vienu tašku mažesnis už nustatytąjį skaičių, tikrai gali turėti teigiamų asmeninių savybių, tokių kaip gebėjimas atsidėti darbui ar atjausti, kurias būtų buvę galima išsiaiškinti pokalbio metu, ir dėl šių savybių jis arba ji gal būtų galėjęs ar galėjusi tapti geresniu gydytoju arba geresne gydytoja nei koks nors stojantysis, kurio vidurkis buvo vienu tašku didesnis už nustatytąjį. Tačiau pirmasis pašalinamas iš proceso remiantis sprendimu, priimtu

administracinio patogumo sumetimais ir pagrįstu bendra taisykle, kuri tikrai neapibūdina kiekvieno individo, – jog tie, kurių pažymių vidurkis nesiekia nustatyto lygio, neturės kitų pakankamai rekomenduotinų savybių. Netgi standartinių Medicinos koledžo tinkamumo testų (Medical College Aptitude Tests [MCAT]) naudojimas priėmimo procedūrose reikalauja spręsti apie žmones kaip apie grupių reprezentantus, nes jis daro prielaidą, jog testų balai yra medicinoje reikalingų protinių gebėjimų rodiklis, kuris savo ruožtu rodo pajėgumą dirbti medicinos srityje. Nors šis sprendinys, be abejonės, teisingas statistiškai, jis vargu ar galioja kiekvienam individui.

Tas pats Allanas Bakke'as nebuvo priimtas į kitas dvi medicinos mokyklas ne dėl savo rasės, o dėl amžiaus: šios mokyklos manė, jog studento, kuris įstoja į medicinos mokyklą būdamas trisdešimt trejų, indėlis į medicinos priežiūrą per jo karjerą, tikėtina, bus mažesnis nei to, kuris stoja būdamas standartinio dvidešimt vienerių metų amžiaus. Tarkime, jog šios mokyklos rėmėsi ne kokiu nors detaliu tyrimu, nustatančiu, ar pats Bakke'as turėjo gebėjimų, kurie paneigtų tas bendras taisykles jo konkrečiu atveju, o praktiniu išskaičiavimu, kuris leido tik probėgšmais pažvelgti į stojančiuosius, kuriems (sakykime) per trisdešimt. Ar šios dvi medicinos mokyklos pažeidė jo teisę būti vertinamam kaip individui, o ne kaip grupės nariui?

Deiviso medicinos mokykla leido baltiesiems pretenduoti į šešiolika vietų, rezervuotų „edukaciškai ar ekonomiškai nuskriaustųjų mažumų" nariams, – šios frazės reikšmė galėtų apimti ir baltąsias etnines mažumas. Iš tikrųjų keletas baltųjų padavė dokumentus į tas vietas, tačiau nė vienas nebuvo priimtas, ir Kalifornijos teismas konstatavo, jog specialusis komitetas, atsakingas už programos administravimą, iš anksto nusprendė nieko nepriimti. Tarkime, jog tas sprendimas buvo pagrįstas štai kokia administracine teorija: be galo mažai tikėtina, jog koks nors baltasis gydytojas kovos su rasiniu disbalansu medicinos profesijos fronte gali nuveikti tiek, kiek reikiamais gebėjimais pasižymintis ir pasirengęs juodaodis gydytojas, todėl komisija turėtų patogumo dėlei priimdama studentus vadovautis prielaida, jog joks baltasis gydytojas negalėtų nuveikti tiek pat. Ši

prielaida yra, tiesą sakant, įtikinamesnė nei atitinkama prielaida apie medicinos studentus, kuriems per trisdešimt, ar netgi prielaida apie stojančiuosius, kurių pažymių vidurkis nesiekia nustatytojo lygio. Jeigu pastarosios prielaidos neprieštarauja tariamai individų teisei priėmimo procedūroje būti vertinamiems kaip individams, tai jai negali prieštarauti ir pirmoji prielaida.

Colvinas žodiniuose ginčuose aiškino trečiąją iš mano minėtųjų sentencijų. Jis sakė, jog jo klientas turėjo teisę nebūti neįsileistas į medicinos mokyklą vien dėl savo rasės, ir tai, kaip konstitucinės teisės teiginys, skamba įtikinamiau nei teiginiai apie teisę būti vertinamam pagal savo vertumą arba kaip individui. Tačiau tai skamba įtikinamai todėl, kad siūlo štai kokį sudėtingesnį principą. Kiekvienas pilietis turi konstitucinę teisę nenukentėti dėl savo prastesnės socialinės padėties – bent jau konkurencijoje dėl visokio viešojo gėrio – dėl to, kad rasė ar religija, ar sekta, ar regionas, ar kita natūrali ar nenatūrali grupė, kuriai jis priklauso, yra išankstinės neigiamos nuostatos ar paniekos objektas.

Tai fundamentaliai svarbi konstitucinė teisė, ir būtent ši teisė buvo sistemingai pažeidinėjama daugelį metų rasistinės atskirties ir antisemitinių kvotų. Odos spalvos cenzas ir žydų kvotos buvo neteisingos ne tiesiog dėl to, jog jos padarė rasę ar religiją svarbią, arba dėl to, kad jos sprendžia pagal savybes, nepasirenkamas individo. Tiesa – juodaodžiai arba žydai nepasirenka būti juodaodžiais arba žydais. Tačiau tiesa ir tai, jog tie, kurie gauna mažus balus tinkamumo ar priėmimo egzaminuose, nepasirenka savo protinio pajėgumo lygio. Taip pat tie, kurie nepriimami dėl to, kad jie per seni, arba dėl to, kad jie ne iš tos šalies dalies, kuriai nepakankamai atstovaujama mokykloje, arba dėl to, kad jie nesugeba gerai žaisti krepšinio, nepasirenka šių savybių, kurioms teikiama lemiama reikšmė.

Rasė atrodo kitoks dalykas, nes atskyrimas, grindžiamas rase, istoriškai buvo motyvuotas ne kokio nors išskaičiavimo, kaip antai protinių gebėjimų ar amžiaus, ar regioninio atstovavimo, ar sportinio pajėgumo kriterijų, o nulemtas paniekos atskirtajai rasei ar religijai.

Atskyrimas pagal rasę pats savaime buvo skriauda, nes jis kilo iš paniekos ir reiškė panieką.

Tad Bakke'o pretenziją reikia labiau konkretizuoti nei iki šiol. Jis sako buvęs neįsileistas į medicinos mokyklą dėl savo rasės. Ar jis nori pasakyti tai, jog jis buvo neįsileistas dėl to, kad jo rasė yra išankstinės neigiamos nuostatos ar paniekos objektas? Ši prielaida yra absurdiška. Labai didelė dalis tų, kurie buvo priimti (ir, galima numanyti, tų, kurie administravo priėmimo programą), buvo tos pačios rasės nariai. Vadinasi, jis turi galvoje paprasčiausiai tai, jog jeigu būtų juodaodis, jis būtų buvęs priimtas, visai neteigdamas, jog šitaip būtų buvę dėl to, kad juodaodžiai laikomi vertesniais ar gerbtinesniais už baltuosius.

Tai tiesa: be abejo, jis būtų buvęs priimtas, jeigu būtų juodaodis. Tačiau tiesa – ir lygiai ta pačia prasme – yra ir tai, jog jis būtų buvęs priimtas, jeigu būtų buvęs didesnių protinių gebėjimų arba padaręs geresnį įspūdį pokalbio su juo metu, arba, kitų mokyklų atveju, jeigu būtų buvęs jaunesnis, kai nusprendė tapti gydytoju. Rasė jo atveju nėra skirtingas dalykas nuo šių kitų faktorių, lygiai taip pat nepasirenkamų. Tai nėra skirtingas dalykas, nes jo atveju rasė nėra išskiriama ypatingo viešojo įžeidimo pobūdžio. Priešingai – ta programa daro prielaidą, jog jo rasė vis dar yra dažnai, nors ir klaidingai, laikoma pranašesne už kitas.

Praeityje buvo prasminga sakyti, jog neįsileistas juodaodis ar žydas studentas buvo aukojamas dėl savo rasės ar religijos; tai reiškė, jog jo ar jos atskyrimas buvo laikomas pageidaujamu savaime, o ne dėl to, kad buvo naudingas kokiam nors tikslui, kuriuo jis, kaip ir visa kita visuomenė, galėtų didžiuotis. Allanas Bakke'as „aukojamas" dėl savo rasės tik labai nenatūralia šio žodžio prasme. Tokia pačia dirbtine prasme jis „paaukojamas" ir dėl savo protinio pajėgumo lygio, nes būtų buvęs priimtas, jeigu būtų protingesnis nei yra. Abiem atvejais jis neįsileidžiamas ne dėl išankstinės nuostatos, o dėl racionaliais išskaičiavimais, nustatančios socialiai naudingiausią ribotų išteklių, skiriamų medicininiam lavinimui, panaudojimą.

Dabar gali būti sakoma, jog ši perskyra yra pernelyg subtili ir kad jeigu rasinės klasifikacijos buvo ir dar gali būti panaudotos negeriems tikslams, tai kiekvienas turi aiškią teisę į tai, kad rasinės klasifikacijos iš viso nebūtų naudojamos. Tai gerai žinoma apeliacija į tingumui palankią paprastumo dorybę. Anot jos, jeigu sunku nubrėžti liniją arba jeigu ją galėtų būti sunku valdyti, jei ji būtų nubrėžta, tai gali būti išmintinga nė nemėginti jos nubrėžti. Gali būti atvejų, kai šitai išmintinga, tačiau tai būtų tokie atvejai, kai dėl to nebūtų prarasta nieko labai vertingo. Jeigu rasiškai sąmoningo priėmimo politika dabar teikia vienintelę netuščią viltį, jog į profesiją įsilies daugiau tinkamų juodaodžių ir kitų mažumų gydytojų, tai patiriamas didelis nuostolis, jei medicinos mokykloms neleidžiama savo nuožiūra vykdyti tokių programų. Mes tuomet turėtume atsisakyti progos nesitaikstyti su tam tikru esamu neteisingumu tam, kad įgytume apsaugą – kurios mums gal nė nereikia – nuo spekuliatyvaus piktnaudžiavimo, kuriam užkirsti kelią turime kitų priemonių. Ir tokie piktnaudžiavimai bet kuriuo atveju negali būti blogesni nei neteisingumas, kuriam mes tuomet nusileistume.

Dabar apsvarstėme tris gerai žinomus devizus, iš kurių kiekvienas, kaip plačiai manoma, įvardija konstitucinę teisę, kuri įgalina Allaną Bakke'ą sustabdyti afirmatyviojo veiksmo programas, kad ir kokios efektyvios ar būtinos šios būtų. Kai mes įsigiliname į šiuos devizus, pamatome, jog jie negali reprezentuoti jokio tikro principo, išskyrus vieną. Tai svarbus principas, jog niekas mūsų visuomenėje neturėtų nukentėti dėl to, kad yra narys grupės, kurią kaip grupę, manoma esant mažiau vertą pagarbos nei kitos grupės. Turime galvoje skirtingus to principo aspektus, kai sakome, jog individai turėtų būti vertinami pagal vertumą, jog jie turėtų būti vertinami kaip individai ir kad jie neturėtų kęsti skriaudos dėl savo rasės. Šio fundamentalaus principo dvasia yra tikslo, kuriam tarnauti sumanytas afirmatyvusis veiksmas, dvasia. Šis principas neteikia jokios paramos tiems, kurie mano, kaip Bakke'as, kad jų pačių interesai kertasi su tuo tikslu.

Apgailestautina, kai naujos programos, tarnaujančios kokiam nors bendresniam rūpesčiui, pamina bet kurio piliečio lūkesčius. Pavyzdžiui, apgailestautina, kai įsitvirtinę smulkūs verslai sužlunga dėl to, kad nutiesiami nauji ir geresni keliai; tokiu atveju žmonės yra investavę daugiau, nei investavo Bakke'as. Ir jie turi daugiau pagrindo manyti, jog jų verslas plėtosis, nei Bakke'as turėjo pagrindo tarti, jog jis galėjo įstoti į Deiviso medicinos mokyklą būdamas trisdešimt trejų, net nesant specialiojo būrio programos.

Žinoma, toje programoje nesama jokios užuominos, jog Bakke'ui priskirtina kokia nors kolektyvinė arba individuali kaltė dėl rasinės neteisybės Jungtinėse Valstijose; arba kad jo teisė į rūpestį ir pagarbą yra kokia nors ribotesnė nei bet kurio juodaodžio studento, priimto pagal tą programą. Jis buvo apviltas ir privalo susilaukti deramos atjautos dėl to apvylimo lygiai taip pat kaip kiekvienas kitas apviltas stojantysis – netgi tas, kurio egzamino balai daug blogesni ir kuris nebūtų buvęs priimtas bet kuriuo atveju, – turi būti atjaučiamas. Kiekvienas iš jų yra apviltas, nes vietos medicinos mokyklose yra ribota gėrybė ir turi būti naudojamos užtikrinti tam, ko labiausiai reikia platesniajai visuomenei. Bakke'as nekaltas dėl to, jog rasinis teisingumas dabar yra speciali reikmė – tačiau jis neturi jokios teisės neleisti naudoti pačias efektyviausias to teisingumo užtikrinimo priemones.

15. Koks iš tikrųjų buvo *Bakke* bylos sprendimas?*

Aukščiausiojo teismo nutartis *Bakke* byloje spaudoje ir didžiojoje visuomenės dalyje buvo sutikta ilgu palengvėjimo atodūsiu, kaip teisminio valstybės valdymo meno aktas, suteikęs kiekvienai iš šalių nacionaliniuose debatuose tai, ko ji atrodė labiausiai norinti. Tačiau toks palengvėjimo jausmas neatrodo pagrįstas, ir svarbu paaiškinti, kodėl jis toks neatrodo.

Kiekvienas ką nors žino iš tos bylos faktų. Kalifornijos universiteto medicinos mokykla Deivise vykdė „dviejų durų" priėmimo procedūrą, kur šešiolika iš šimto esamų vietų buvo faktiškai rezervuotos „mažumų" grupių nariams. Allanas Bakke'as, baltasis kandidatas, kuris buvo nepriimtas, kreipėsi į teismą. Kalifornijos Aukščiausiasis teismas nurodė tai medicinos mokyklai jį priimti ir uždraudė Kalifornijos universitetams paisyti rasės jų priėmimo sprendimuose.

Jungtinių Valstijų Aukščiausiojo teismo nutartis patvirtino Kalifornijos teismo nurodymą, kad pats Bakke'as būtų priimtas, tačiau atšaukė to teismo draudimą, neleidžiantį jokiu būdu paisyti rasės. Taigi afirmatyviojo veiksmo planų oponentai galėjo rodyti į Bakke'o individualią pergalę kaip į patvirtinimą jų pažiūros, jog tokie planai dažnai nueina per toli; tuo tarpu proponentams buvo gera konstatuoti, jog pagrindinių afirmatyviojo veiksmo tikslų vis dar galima siekti, pasitelkiant planus, sudėtingesnius ir subtilesnius nei tas planas, kurį naudojo Deiviso mokykla ir kurį atmetė Aukščiausiasis teismas.

* Pastaba. Pirmą kartą publikuota *The New York Review of Books,* August 17, 1983.
© Ronald Dworkin.

Tačiau dar tikrai pernelyg anksti daryti net ir išvadą, jog ilgai lauktasis sprendimas, priimtas *Bakke* byloje, nubrėš pagrindines linijas nacionalinio konsenso dėl afirmatyviojo veiksmo aukštajame moksle. Įvairių teisėjų nuomonių aritmetika ir siauras teisėjo Powello kertinės nuomonės pagrindas reiškia, jog *Bakke* bylos nutartis išsprendė mažiau problemų, nei tikėtasi, ir daugiau dalykų paliko spręsti – taikant bendrą principą bei atsižvelgiant į konkrečias detales – vėlesnėms Aukščiausiojo teismo byloms, kurios dabar yra neišvengiamos.

Bakke'o teisininkai iškėlė du klausimus, kvestionuojančius Deiviso kvotų planą. Jie teigė, pirma, jog tas planas buvo nelegalus pagal 1964 metų Civilinių teisių akto žodžius, kuris numato, jog niekas negali būti „rasės pagrindu ... atskirtas nuo dalyvavimo, neprileidžiamas prie kokios nors programos teikiamo gėrio arba būti diskriminuojamas pagal bet kokią programą", gaunančią federalinę paramą. (Deivisas, kaip ir visos medicinos mokyklos, gauna tokią paramą.) Jie teigė, antra, jog planas buvo nekonstitucinis, nes jis atėmė iš Bakke'o vienodą apsaugą, garantuojamą Keturioliktosios pataisos.

Penki iš devynių Aukščiausiojo teismo teisėjų – teisėjai Brennanas, White'as, Marshallas, Blackmunas ir Powellas – buvo tos nuomonės, jog Bakke'as neturėjo nepriklausomos argumentacijos, besiremiančios pirmuoju pagrindu – 1964 metų Civilinių teisių aktu – ir kad byla dėl to turi būti sprendžiama antruoju pagrindu – remiantis Konstitucija. Jie sakė, jog Civilinių teisių akto teksto, deramai interpretuojant, intencija buvo delegalizuoti tik tas praktikas, kurias valstijoms draustų pati vienodos apsaugos klauzulė. Kitaip tariant, jie nusprendė, jog neįmanoma tokios bylos kaip *Bakke* išspręsti įstatyminiais pagrindais, neprieinant konstitucinio klausimo, nes įstatymas nesmerkia Deiviso programos, jeigu jos nesmerkia Konstitucija. Kiti keturi teisėjai – vyriausiasis teisėjas Burgeris ir teisėjai Stewartas, Rehnquistas bei Stevensas – manė, jog Bakke'as buvo teisus remiantis pirmuoju pagrindu, Civilinių teisių aktu, ir kad jie todėl neturi svarstyti antrojo pagrindo, pačios Konstitucijos, ir jie to nedarė.

Iš penkių teisėjų, kurie svarstė antrąjį konstitucinį argumentą, keturi – Brennanas, White'as, Marshallas ir Blackmunas – buvo tos nuomonės, jog Bakke'as neturėjo ir Konstitucijos remiamos argumentacijos. Teisėjas Powellas buvo kitos nuomonės. Jis buvo tos nuomonės, jog vienodos apsaugos klauzulė draudžia konkrečias kvotas arba rezervuotas vietas, jeigu ši mokykla negali įrodyti, jog šios priemonės yra būtinos pasiekti tikslų, kurių svarba – neginčijama, ir jis buvo tos nuomonės, jog Deivisas nebuvo pajėgus patenkinti šio įrodymo reikalavimo. Tačiau jis taip pat buvo tos nuomonės, jog universitetai gali atvirai paisyti rasės, kaip vieno iš keleto faktorių, turinčių įtakos priėmimo sprendimams konkrečiais atvejais, tam, kad būtų pasiekta rasinė įvairovė auditorijoje. (Jis nurodė Harvardo ikidiplominių studijų priėmimo programą kaip pavyzdį.) Jis sakė, jog Konstitucija leidžia tokį rasės naudojimą ir kadangi Kalifornijos Aukščiausiasis teismas nusprendė kitaip, jis balsavo už tai, kad būtų atšaukta tai, ką tas teismas nusprendė šiuo klausimu. Taigi dauguma tų, kurie svarstė šį dalyką, balsavo prieš Bakke'ą pagal *abu* jo argumentus; tačiau Bakke'as vis tiek laimėjo, nes penki teisėjai manė, jog jis turėtų laimėti kokiu nors pagrindu, nors jie ir nesutarė, kokiu.

Ką visa tai reiškia ateičiai? Aukščiausiasis teismas dabar yra nusprendęs, penkiais balsais prieš keturis, jog Civilinių teisių aktas pats savaime ir be papildomo konteksto nedraudžia afirmatyviojo veiksmo programų, net tų, kaip kad Deiviso, kurios naudoja konkrečias kvotas. Jis nusprendė, penkiais balsais prieš nulį, jog Konstitucija leidžia afirmatyvaus veiksmo planus, tokius kaip Harvardo ikidiplominių studijų priėmimo planas, kurie leidžia paisyti rasės, individualiai svarstant kandidatūras tam, kad studentų korpusas būtų pakankamai įvairus.

Abu šie sprendimai yra svarbūs. Mano nuomone, Civilinių teisių akto klausimas nebuvo sunkus klausimas, tačiau tai, jog jis dabar pašalintas iš svarstymo akiračio, yra naudinga. Kalifornijos Aukščiausiojo teismo argumentas – jog rasiškai sąmoningos priėmimo programos visuomet yra nekonstitucinės – būtų buvęs pražūtingas

afirmatyviajam veiksmui, jeigu jis būtų paėmęs viršų Jungtinių Valstijų Aukščiausiajame teisme, todėl yra didžiai svarbu, jog jis ten buvo atmestas. Taip pat svarbu tai, jog bent penki Aukščiausiojo teismo teisėjai sutaria, jog tokia programa kaip Harvardo ikidiplominių studijų priėmimo planas yra konstitucinė. Harvardo modelis teikia standartą; jeigu priėmimo pareigūnai kituose universitetuose mato, jog jų planas yra toks kaip Harvardo planas visais rūpimais atžvilgiais, jie gali užtikrintai jį vykdyti.

Tačiau lygiai taip pat svarbu pabrėžti, jog Aukščiausiojo teismo nutartis nebuvo ta, jog tik tokia programa kaip Harvardo yra konstitucinė. Jo nutartis netgi nebuvo ta, jog programa su griežtomis kvotomis, tokios kaip toje, kurią naudojo Deivisas, yra nekonstitucinė. Štai kaip teisėjas Powellas nubrėžė liniją savo nuomonėje: jis sakė, jog kvotas taikančios programos tipas yra nekonstitucinis, ir jo argumentai reiškia, jog tik kas nors labai panašaus į Harvardo programą yra konstituciška. Tačiau jo nuomonė yra tik viena nuomonė; nė vienas kitas Aukščiausiojo teismo teisėjas nesutiko, o keturi kiti teisėjai atvirai nepritarė jam dėl abiejų momentų. Taigi Powello linija būtų Aukščiausiojo teismo linija tik tuo atveju, jeigu nė vienas iš keturių teisėjų, kurie nepasisakė konstituciniu klausimu, tuo klausimu laikytųsi ne tokios varžančios pozicijos kaip Powellas. Šiomis aplinkybėmis atrodo pernelyg ankstyva Powello nuomonę ir perskyrą, kurią jis nubrėžė, traktuoti kaip pamatą konstituciniam konsensui, kuris kada nors susiformuos.

Atrodo, esama mažai pagrindo abejoti, jog tie keturi teisėjai, kurie liko nebylūs konstituciniu klausimu, gana greitai turės nutraukti tą tylą. Mat esama įvairių afirmatyviojo veiksmo atvejų, kuriuos, labai tikėtina, netrukus teks nagrinėti Aukščiausiajam teismui, – atvejų, kai joks įstatymas negali suteikti pagrindo išvengti konstitucinio klausimo. Pavyzdžiui, Aukščiausiasis teismas dabar grąžino persvarstyti bylą, kurioje kvestionuojama 1977 metų Viešųjų darbų samdos akto (*Public Works Employment act*) nuostata, reikalaujanti, kad mažiausiai dešimt procentų lėšų, išmokamų pagal tą

aktą, būtų skiriama „mažumų“ atstovų verslams. Kadangi šį įstatymą priėmė Kongresas, negalima teigti, jog jo nuostatos pažeidžia Kongreso valią, ir tie keturi teisėjai turės spręsti klausimą, ar tokios kvotų nuostatos yra nekonstitucinės, kai šis atvejis (arba, jei jis diskutuotinas, kaip koks nors panašus atvejis) galiausiai pasieks jų teismą. Žinoma, tai ne edukacijos srities bylos, o Powelo nuomonė yra apdairiai pritaikyta edukacijos srities byloms. Tačiau principo argumentai, kuriais jis kliovėsi, laikydamasis labiau suvaržytos pažiūros į tai, ką leidžia vienodos apsaugos klauzulė, nei kiti teisėjai, kurie kalbėjo tuo klausimu, yra lygiai taip pat galimi taikyti ir darbo samdai bei kitiems atvejams.

Išties galima tvirtinti, jog pagal griežtą teoriją keturi Aukščiausiojo teismo teisėjai, kurie liko nebylūs, turėtų pasisakyti konstituciniu klausimu, net jeigu kita edukacijos srities byla, tokia kaip *Bakke,* dėl kokios nors priežasties pasiektų Aukščiausiąjį teismą. Tarkime (nors tai ir neįtikėtina), jog koks nors universitetas, kuris taiko kvotų tipo sistemą, tokią kaip Deiviso sistema, atsisako ją panaikinti lankstesnės sistemos labui, ir Aukščiausiasis teismas turi vėl svarstyti šį neišvengiamą iššūkį. Kadangi *Bakke* bylos sprendimas yra tas, jog Civilinių teisių aktas nėra labiau varžantis nei Konstitucija, tie keturi teisėjai galėtų manyti, jog šis sprendimas šį momentą pašalina iš svarstymo lauko bet kokioje byloje, kuri bus svarstoma ateityje, o tokiu atveju jie turėtų imtis konstitucinio klausimo, kurio jie ten išvengė.

(Anthony Lewisas laikraštyje *The New York Times* rašė, jog buvo netikėta tai, kad šie teisėjai nepateikė savo nuomonės dėl Konstitucijos net *Bakke* byloje, nes jie juk žinojo, kad teismas, kaip visuma, atmetė jų argumentą, jog ta byla gali būti išspręsta pagal tą įstatymą. Lewisas spekuliuoja, jog galbūt vienas iš penkių teisėjų, kurie atmetė įstatyminį argumentą, laikėsi priešingo požiūrio beveik iki pat to momento, kai buvo paskelbtas sprendimas, ir taip tiems keturiems teisėjams paliko mažai laiko kelti konstitucinį klausimą.

Gal jis teisus, tačiau esama mažiausiai vienos kitokios galimybės. Tarkime, jog bent vienas iš tų keturių teisėjų manė, jog net Deiviso kvotų tipo planas buvo konstitucinis. Jeigu jis būtų tai pasakęs, bet

vis tiek balsavęs Bakke'o naudai įstatymo klausimu, tai teismas būtų davęs nurodymą priimti Bakke'ą, nors dauguma viso teismo, o ne tik dauguma tų, kurie kalbėjo kiekvienu iš klausimų, būtų buvę prieš Bakke'ą abiem pagrindais, ir nors teismas, varžomas precedento, būtų turėjęs pritarti kvotų tipo programos taikymui ateityje. Tai būtų buvę dar keisčiau ir dar didesnis klaidinimas nei esamas sprendimas. Tačiau visa tai tėra spėjimas kvadratu.)

Ar turi kokią nors prasmę (ar tėra akademinės pratybos) šios spekuliacijos apie poziciją, kurios laikytųsi nebyliojo ketverto nariai konstituciniu klausimu? Kai kurie praktiški teisininkai jau yra pasakę, jog pagrindiniams afirmatyviojo veiksmo programų tikslams, bent jau universitete ir profesinės mokyklos lavinime, gali būti tarnaujama programomis, kurios puikiausiai išsitenka tose ribose, kurias aiškiai nustatė teisėjas Powellas. Jeigu taip yra, tai galėtų būti išmintinga toliau veikti taip, tarsi Powello nuomonė, nors tai tik vieno teisėjo nuomonė, skelbia konstitucinį įstatymą universiteto edukacinėms programoms, ir tuomet pamėginti išplėtoti panašų sprendimą kitoms sritims, tokioms kaip darbo samda, kitose bylose. Tačiau aš nesu toks tikras, jog yra taip, nes Powello nuomonė, bent jau kol jos neišaiškino paskesni sprendimai, nėra tokia nuosekli ir, visiškai galimas dalykas, nėra tokia liberali, kaip ją suprato daugelis.

Powellas aiškiai atmeta galimybę priėmimo programų, tokių kaip Deiviso programa, kurios tam tikras vietas rezervuoja vien mažumos nariams. Jis pritarė programoms, tokioms kaip jo nurodytoji Harvardo ikidiplominių studijų priėmimo programa, kurios nenustato net siektino mažumų studentų priėmimo skaičiaus. Tokios programos yra nukreiptos į studentų kontingento įvairovę. Jos pripažįsta, jog rasinė įvairovė yra tokia pat svarbi kaip geografinė arba su disciplina nesusijusių talentų bei karjeros ambicijų įvairovė, taigi paiso rasės taip, kad tas faktas, jog stojantysis yra juodaodis, gali nusverti svarstyklių lėkštę jo naudai, lygiai taip pat, kaip tas faktas, jog kitas stojantysis yra gabus fleitininkas, gali lemti tai, jog svarstyklės pakryps jo naudai.

Tačiau labai daug afirmatyviojo veiksmo vardu vykdomų priėmimo programų užima poziciją tarp šių dviejų kraštutinumų. Jos tiksliai nerezervuoja fiksuoto skaičiaus vietų, dėl kurių konkuruoja tik mažumos kandidatai, bet vis tiek išsikelia orientacines planines „užduotis", reprezentuojančias bendrą sprendimą apie auditorijos proporciją, kuri turėtų būti pagal bendrus principus užpildyta mažumos kandidatų. Tokių kandidatų skaičius skirsis kiekvienais metais, tačiau neperžengs tam tikros amplitudės ribų, kuri bus ne tokia permainingа kaip, pavyzdžiui, muzikai gabių pretendentų proporcija arba kandidatų iš tam tikro šalies regiono. Dauguma atvejų priėmimo komisija paskelbs mažumos stojančiųjų, bendru mastu atrinktų į fakultetą, skaičių kaip atskirą statistiką, ir stengsis paaiškinti ypač mažą jų procentą kuriais nors konkrečiais metais. Mažumos paraiškos šia prasme bus traktuojamos visai kitaip nei gabiųjų muzikai arba Vakarų pakrantės gyventojų paraiškos. Ar tokie orientaciniai „planai", naudojami šiuo būdu, daro programą nekonstitucinę pagal analizę, kurią pasiūlė Powellas?

Atsakymas gali priklausyti nuo tų planinių „užduočių" siekių ar tikslo. Powellas svarstė keletą tikslų, kuriuos, kaip būtų galima tikėtis, pasieks afirmatyviojo veiksmo programos medicinos mokykloje, ir sakė, jog kai kurie tikslai buvo konstituciškai leistini, o kiti – ne. Konkrečiai, jis atmetė „tikslą padėti tam tikroms grupėms, kurias medikų bendruomenė ... suvokė kaip „socialinės (*societal*) diskriminacijos" aukas". (Jis sakė, jog šio tikslo neturi būti siekiama kokia nors klasifikacija, į prastesnę padėtį nustumiančią kitus, kurių nesaisto jokia atsakomybė už anksčiau vykdytą diskriminaciją.) Jis pripažino kaip leistiną tikslą rengti daugiau profesionalių žmonių medicinos paslaugų požiūriu apleistoms bendruomenėms, tačiau neigė, kad Deivisas įrodė, jog programa „turi teikti pirmenybę tam tikrų etninių grupių nariams" tam, kad būtų pasiektas tas tikslas. Jis taip pat pripažino lavinimo subjektų įvairovės tikslą, kuris, jo nuomone, pateisina lankstų Harvardo planą, tačiau nepateisina Deiviso kvotų plano.

Taigi afirmatyviojo veiksmo plano konstitucingumas priklauso, anot Powello, nuo jo tikslo, ne tik nuo struktūros. Nėra visiškai aišku, kaip teismai turi nuspręsti, koks yra rasiškai sąmoningos priėmimo programos tikslas. Galbūt jie neturėtų žvelgti anapus oficialaus institucinio pareiškimo, jog planas siekia švietimo subjektų įvairovės, jeigu toks pareiškimas atrodo įtikinamas.

Tačiau kai kurių profesinių mokyklų atveju tai gali būti neįtikinama, ir Powellas, turėdamas tai omenyje, sako, jog „gera valia" turėtų būti pasikliaujama tik „nesant verčiančių abejoti faktų". Galbūt individualių priėmimo komisijos narių arba visos fakulteto bendruomenės motyvai nėra relevantiški. Vis dėlto tiesa yra ta, jog daugelis medikų bendruomenės narių, ypač profesinių mokyklų, remia rasiškai sąmoningas priėmimo programas, nes išties mano, jog tokios programos yra būtinos norint užtikrinti, kad rastųsi daugiau profesionalių žmonių, dirbsiančių getams. Dar labiau jas palaiko dėl to, kad trokšta, jog jų mokykla padėtų grupėms, kurios buvo skriaudžiamos diskriminacijos, tarkim, teikdama sėkmingų profesionalių vyrų ir moterų iš šių grupių pavyzdžius.

Iš tiesų daugelio institucijų lyderiai yra viešai pareiškę, jog jų tikslai yra būtent tokie. (Jie gali taip pat manyti (arba ne), jog įvairovės jų auditorijose lygis, kuris būtų pasiektas be rasiškai sąmoningų programų, būtų nepatenkinamas grynai edukacinių tikslų požiūriu.) Ar gali apviltieji stojantieji į tokias institucijas dabar kreiptis į teismą, teikdami kaip įrodymus pareiškimus, kuriuos fakulteto nariai padarė, aiškindami rasiškai sąmoningų planų tikslus, arba kviesdintis už priėmimą atsakingus pareigūnus į teismą, kur šie, drausminami priesaikos, būtų apklausiami dėl savo motyvų?

Powello nuomonė suponuoja šiuos klausimus, tačiau ji menkai gelbsti atsakant į juos, net iš principo, nes argumentacinis jo nuomonės pamatas yra silpnas. Jis nesuteikia solidaus intelektualinio pamato kompromisui, kurį visuomenė manė esant tokį patrauklų. Šis kompromisas yra patrauklus politiškai, tačiau iš to negalima daryti išvados, jog jis atspindi kokį nors svarbų principo skirtumą,

o kaip tik to reikalauja konstitucinis, kurį reikia skirti nuo politinio, konsensas.

Išties esama svarbių skirtumų tarp „kvotų" tipo afirmatyviojo veiksmo programos – su vietomis, rezervuotomis vien „mažumoms", – ir lankstesnių planų, kuriems rasė yra faktorius, – bet tik vienas iš faktorių, – konkurencijoje dėl visų vietų. Tačiau šie skirtumai yra administraciniai ir simboliški. Lanksti programa, tikėtina, bus efektyvesnė ilgalaikėje perspektyvoje, nes ji įgalins instituciją priimti mažiau mažumos kandidatų, nei numato orientacinė planinė užduotis, kai visa grupė tokių stojančiųjų yra silpnesnė, ir priimti daugiau, kai ji stipresnė. Ji neabejotinai geresnė simboliškai dėl keleto priežasčių. Specialios programos rezervavimas mažumos stojantiesiems – atskirų durų, per kurias jie ir tik jie gali įeiti, suteikimas – išlaiko klasikinių kastų ir aparteido sistemų formų struktūrą – nors, žinoma, ne tikslą, – ir atrodo žeminąs mažumos stojančiuosius, jiems padėdamas. Tuo tarpu lanksčiosios programos pabrėžia, jog sėkmingi mažumos kandidatai vertinami bendru mastu kaip studentai, vertingesni už baltuosius stojančiuosius, su kuriais jie tiesiogiai konkuravo.

Tačiau administracinis ir simbolinis lanksčiųjų programų pranašumas, kad ir koks akivaizdus, negali pateisinti tos konstitucinės perskyros, kurią daro Powellas. Neturėtų būti daroma jokia konstitucinė perskyra, kol kvotų programa nepažeidžia ar nekelia pavojaus baltųjų stojančiųjų *kaip individų* konstitucinėms teisėms kokiu nors atžvilgiu, kuriuo jų nepažeidžia lankstesnės programos.

Powellas neįrodo jokio šitokio skirtumo, ir sunku įsivaizduoti, kaip jis galėtų jį įrodyti. Jeigu rasė laikoma paisytina lanksčioje programoje, tai bus ir koks nors individualus baltasis stojantysis, kuris pralaimi vietą, kurią būtų laimėjęs, jeigu rasės nebūtų buvę paisoma. Kad ir kaip ta skriauda nusakoma, tai lygiai tokia pati skriauda – nei didesnė, nei mažesnė, – kokią patyrė Bakke'as. Mes negalime pasakyti, jog lanksčioje sistemoje mažiau baltųjų pralaimi vietas todėl, kad sprendime figūruoja rasė; tai priklausys nuo lyginamų lanksčiųjų ir kvotų programų detalių, nuo stojančiųjų specifikos ir nuo kitų aplinkybių. Tačiau net jeigu būtų galima parodyti, jog mažiau baltųjų

pralaimėtų taikant lankstųjį planą, iš to nebūtų galima daryti išvados, jog tų individų, kurie pralaimėjo, teisės buvo kitokios ar skirtingai traktuojamos.

Powellas teigia, jog taikant lankstųjį planą, mažu skirtumu pralaimintis baltasis kandidatas bent jau gali pamėginti įrodyti, jog nepaisant jo rasės, turėtų būti priimtas jis, o ne juodaodis stojantysis, motyvuodamas tuo, jog jis gali būti naudingas medicinai taip, kaip negali juodaodis stojantysis. Jo rasė nelemia jau automatiško jo pašalinimo net iš dalies konkurso.

Šis argumentas gali būti pagrįstas nerealistiniu įsivaizdavimu, kaip priėmimo komisijos turi dorotis su didele paraiškų byla net esant lanksčiam planui. Už individualų priėmimą atsakingas pareigūnas naudos neformalius lygio nustatymo standartus, kad ir kokia lanksti programa yra iš principo, ir daugumos kandidatas su mažais egzaminų balais gali būti atsijotas jau konkurso pradžioje ir negauti galimybės būti paklaustas, ar, pavyzdžiui, jis yra geras muzikas, nors jis būtų buvęs paliktas tolesnei pažinčiai, jeigu būtų juodaodis.

Tačiau net jeigu Powellas ir realistiškai suvokia, kaip veikia lankstus planas, jo argumentas vis tiek yra silpnas. Individualus pretendentas į konkursą dėl vietų ateina su savo pažymių sąvadu, egzaminų balų vidurkiu, asmenybe, talentais, geografine kilme ir rasine priklausomybe. Baltajam pretendentui rūpimas dalykas yra tai, kokius šansus visa tai jam teikia konkurse, ir jam iš principo nėra jokio skirtumo, ar jo rasė yra nuolatinis smulkus kliuvinys konkurencijoje dėl visų vietų, ar išvis ne kliūtis konkurencijoje dėl šiek tiek mažesnio skaičiaus vietų. Jo likimas priklauso nuo to, kiek ta kliūtis arba atskirtis bendrai sumažina jo sėkmės šansus; ir nesama jokio pagrindo tarti, *a priori,* jog viena turės didesnę arba mažesnę įtaką nei kita. Šitai priklausys nuo plano detalių – kokiu mastu rasė yra kliūtis, arba nuo atskyrimo proporcijų, – o ne nuo to, kokio tipo yra planas.

Powellas mato svarbų skirtumą tarp kliūties sudarymo ir dalinio atskyrimo. Jis sako, jog pirmuoju atveju, bet ne antruoju, pretendentas traktuojamas „kaip individas“, o jo kvalifikacijos yra „sveriamos

teisingai ir paisant konkurencijos". (Jis priekaištauja teisėjams Brennanui, White'ui, Marshallui ir Blackmunui dėl to, kad jie nepasisakė dėl šios „teisės į individualizuotą atsižvelgimą" svarbos.) Tačiau šitai atrodo klaidinga. Ar pretendentas konkuruoja dėl visų, ar tik dėl dalies vietų, privilegija reikalauti dėmesio kitoms kvalifikacijoms nė trupučio nesumažina jį apsunkinančios kliūties arba tos kliūties neteisingumo, jei ji apskritai yra neteisinga. Jeigu ta kliūtis nepažeidžia jo teisių, esant lanksčiam planui, dalinis atskyrimas nepažeidžia jo teisių, esant kvotai. Sukurtoji kliūtis ir dalinis atskyrimas tėra skirtingos priemonės įgyvendinti toms pačioms fundamentinėms klasifikacijoms. Iš principo jos paliečia baltąjį stojantįjį lygiai taip pat – sumažindamos jo šansus apskritai – ir nė viena nėra – jokia svarbia prasme – labiau „individualizuota" nei kita. Esmė ne ta (nors būtent apie tai vienoje vietoje užsimena Powellas) jog fakultetas, administruojantis lanksčią sistemą, gali paslapčia transformuoti ją į kvotų planą. Veikiau reikalas tas, jog tarp tų dviejų sistemų iš viso nesama jokio skirtumo individualių teisių požiūriu.

Powello nuomonė kelia antrą rimtą problemą, kuri yra labiau techninė, tačiau galiausiai svarbesnė. Tiek Powellas, tiek kiti keturi teisėjai, kurie priėjo konstitucinę problemą, diskutavo klausimą, ar rasinės klasifikacijos, naudojamos afirmatyviojo veiksmo programose mažumų naudai, yra „įtartinos" klasifikacijos, kurias Aukščiausiasis teismas privalo „griežtai tikrinti". Tai – amato terminai, ir aš turiu glaustai išdėstyti čia numanomą doktrininį pamatą.

Legislatūros ir kitos institucijos, darančios politinius sprendimus, normose, kurias priima, turi naudoti bendras klasifikacijas. Kad ir kokias bendras klasifikacijas jos naudoja, kai kurie individai patirs savo padėties pablogėjimą, kurio jie nebūtų patyrę, jeigu linijos būtų nubrėžtos kitaip, kartais dėl to, kad tos klasifikacijos traktuoja juos kaip turinčius ar neturinčius savybių, kurių jie neturi arba kurias turi. Pavyzdžiui, valstijų automobilių vairavimą reglamentuojantys kodeksai nustato, jog joks asmuo, neturintis šešiolikos metų, negali vairuoti automobilio, nors kai kurie žmonės, neturintys tiek metų,

yra tokie pat pajėgūs tai daryti, kaip ir dauguma vyresnių nei šešiolikmečių žmonių. Paprastai Aukščiausiasis teismas nelaikys tokios bendros klasifikacijos nekonstitucine, net jeigu mano, jog kitokia klasifikacija, kuri į blogesnę padėtį nustumtų kitus žmones, būtų tinkamesnė ar efektyvesnė. Pakanka to, jei klasifikacija, kurią daro legislatūra, nėra iracionali; t. y. jeigu ji realiai galėtų pasitarnauti naudingam ir rimtam socialiniam tikslui. Šį kriterijų labai lengva patenkinti, tačiau jeigu Aukščiausiasis teismas, vertindamas visus teisės aktus, naudojo labiau varžantį kriterijų, tai reikštų jo sprendiniu dėl vidujai kontroversiškų dalykų pakeisti sprendinį, padarytą demokratinio politinio proceso keliu.

Tačiau esama svarbios šios taisyklės išimties. Sakoma, jog tam tikros klasifikacijos yra „įtartinos", ir kai valstybės legislatūra pasitelkia šias klasifikacijas įstatymų leidyboje, Aukščiausiasis teismas laikys tą teisės aktą nekonstituciniu, jeigu jis netenkina reiklesnio kriterijaus, kuris paprastai vadinamas „griežtos patikros" kriterijumi. Reikia parodyti ne tik tai, jog šios klasifikacijos naudojimas nėra iracionalus, bet ir tai, kad jis yra būtinas norint pasiekti tai, ką Aukščiausiasis teismas pavadino „neginčijamu" efektyvaus valdymo interesu. Akivaizdu, jog konstituciniame bylinėjimesi esminę reikšmę turi klausimas, ar tam tikra klasifikacija yra įprasta klasifikacija, taigi turi susilaukti tik negriežto įprasto peržiūrėjimo, ar įtartina klasifikacija, kuri turi atlaikyti griežtą patikrą (arba, kaip kartais teigė kai kurie Aukščiausiojo teismo teisėjai, nei tokia, nei tokia, todėl reikalauja ne kurio nors iš šių dviejų peržiūros standartų, o kokio nors tarpinio standarto).

Rasinės klasifikacijos, kurios *blogina* „mažumos" rasės padėtį, yra paradigmiški įtartinų klasifikacijų atvejai. Įžymiojoje *Korematsu* byloje Aukščiausiasis teismas pasakė, jog „visi teisiniai suvaržymai, kurie apkarpo vienos rasinės grupės teises, yra savaime įtartini. Šitai nereiškia, jog visi tokie suvaržymai yra nekonstituciniai. Tai reiškia, jog teismai privalo juos kuo griežčiausiai tikrinti." Tačiau kaip dėl rasinių klasifikacijų, kurios figūruoja programoje, sukurtoje *siekiant naudos* socialiai nuskriaustos mažumos grupei? Iki *Bakke* bylos niekuomet nebuvo nuspręsta, ar tokios „nepiktybinės" klasifikacijos yra įtartinos.

Keturi teisėjai, kurie balsavo už Deiviso mokyklos plano palaikymą, neteigė, jog „nepiktybinės" rasinės klasifikacijos turėtų būti vertinamos pagal negriežtą įprastinį standartą – t. y. jog jis realiai galėtų tarnauti naudingam socialiniam tikslui. Tačiau jie taip pat nemanė esant derama naudoti tą patį aukštą griežtos patikros standartą, naudotą vertinti rasinėms klasifikacijoms, kurios veikia mažumų nenaudai. Jie siekė tarpinį standartą, būtent tą, jog atitaisomosios rasinės klasifikacijos „turi tarnauti svarbiems efektyvaus valdymo siekiams ir turi būti substanciškai susijusios su tų tikslų pasiekimu". Jie buvo tos nuomonės, jog Deiviso medicinos mokyklos tikslas „teisiškai atitaisyti praeities socialinės diskriminacijos padarinius" buvo pakankamai svarbus ir kad rasinė klasifikacija, kurią naudojo Deiviso mokykla, buvo „substanciškai susijusi" su tuo tikslu.

Tačiau teisėjas Powellas nesutiko. Jis laikėsi nuomonės, jog „nepiktybinės" rasinės klasifikacijos turėtų būti vertinamos tuo pačiu itin griežtos patikros būdu, kurios taikomas rasinėms klasifikacijoms, bloginančioms mažumos padėtį. Todėl jis kėlė reikalavimą, jog Deiviso klasifikacija turi būti „būtina" „neginčijamam" tikslui, ir buvo tos nuomonės, jog ji nebuvo tokia. Jis aiškino, jog neturėtų būti daroma jokios perskyros tarp kriterijaus, taikomo rasinėms klasifikacijoms, kurios yra naudingos oficialiai mažumai, ir testo, taikomo toms, kurios blogina tos mažumos padėtį, – dėl dviejų priežasčių. Pirma, dėl to, kad bet kokia šitokia perskyra remtųsi tokiais sprendiniais kaip sprendiniais apie tai, kokios grupės relevantiška prasme yra mažumos ir kokios klasifikacijos „stigmatizuoja", kitaip tariant, yra tokios, kurias Powellas pavadino „subjektyviomis" ir „bestandartėmis". Antra, dėl to, kad konstituciškai svarbios kategorijos tuomet nuolat kistų, kintant socialinėms ir ekonominėms sąlygoms (arba Aukščiausiojo teismo teisėjų tokių sąlygų suvokimui), dėl ko vakarykštė skriaudžiama mažuma šiandien taptų galingos daugumos narė arba vakarykštė pagalbos ranka taptų šiandienos stigma.

Akivaizdu, jog šis argumentas pasižymi tam tikra įtaigos jėga. Visiems kitiems aspektams sutampant, yra geriau, kai konstituciniai

principai yra tokie, kad racionalūs teisininkai nesiginčys dėl jų taikymo. Tačiau dažnai politinės ir moralinės individų teisės išties priklauso nuo motyvų, kuriuos skirtingi žmonės įvertins skirtingai, ir tuo atveju teisė įgys tikrumą tik šiurkštumo ir neišvengiamo neteisingumo kaina. Amerikos teisė – konkrečiai, konstitucinė teisė – nenorėjo mokėti tos kainos, todėl tapo labiau formalistinių teisinių sistemų pavydo objektu.

Be to, lengva hiperbolizuoti čia naudojamų perskyrų „subjektyvumą". Kai padaroma perskyra tarp rasinių klasifikacijų, kurios blogina „uždaros" mažumos padėtį, kaip kad japonų kilmės amerikiečių izoliavimo atveju *Korematsu* byloje, ir tų, kurios sumanytos kaip naudingos tokiai mažumai, tai mąstantys žmonės negali nuoširdžiai nesutarti dėl to, koks yra Deiviso medicinos mokyklos rasinės klasifikacijos statusas. Taip pat išankstinės nuostatos ir diskriminacijos socialinis modelis, prieš kurį buvo nukreipta Deiviso programa, nėra nei neseniai atsiradęs, nei trumpalaikis. Tragiška tiesa yra ta, jog jis yra toks pat senas kaip ši šalis ir labai greitai neišnyks.

Tačiau mano dabartinis argumentas yra kitoks. Powello argumentacija, ginanti griežtą visų rasinių klasifikacijų patikrą, būtent ta, jog tariamas skirtumas tarp nepiktybinių ir piktybinių klasifikacijų remiasi „subjektyviais" ir „bestandarčiais" sprendiniais, nėra ir negali būti suderinama su likusia jo vertinimo dalimi, nes jo pritarimas lanksčioms priėmimo programoms, tokioms kaip Harvardo ikidiplominių studijų priėmimo programa, siūlo kaip tik tokius sprendinius. Lanksčių, bet rasiškai sąmoningų priėmimo programų gynimą Powellas pradeda štai kokiu nepaprastai plačiu konstituciškai saugomos universitetų teisės pasirinkti savo edukacines strategijas nusakymu:

Akademinė laisvė, nors tai ir ne konkrečiai įvardyta konstitucinė teisė, ilgą laiką buvo traktuojama kaip ypatingas Pirmosios pataisos objektas. Universiteto laisvė daryti savo sprendimus dėl lavinimo apima jo studentų kontingento atranką. Aukščiausiojo teismo teisėjas Frankfurteris reziumavo „keturias esmines laisves", kurios sudaro akademinę laisvę: „Tai atmosfera, kurioje vyrauja keturios esmi-

nės universiteto laisvės – akademiniais pagrindais apsibrėžti sau, kas gali dėstyti, kas gali būti dėstoma, kaip tai turi būti dėstoma ir kam gali būti leidžiama studijuoti."

Įvairovė yra „neginčijamas" tikslas, kurio, Powello manymu, universitetai gali siekti, pasitelkdami lanksčias (bet ne šiurkščias) rasiškai sąmoningas politines strategijas. Tačiau kas, jeigu teisės mokyklos akademinis kolektyvas, pasinaudodamas savo teise „apsibrėžti ... kam gali būti leidžiama studijuoti", nuspręstų kaip negatyvaus motyvo, paisyti fakto, jog pretendentas yra žydas, nors ir ne kaip pagrindo absoliučiam atskyrimui, konkurse dėl visų jos vietų? Jis galėtų nuspręsti, jog tai, kad žydai sudaro tokią didelę ir neproporcingą teisės mokyklų auditorijos dalį, kokią jie sudaro dabar, pažeidžia „įvairovę" arba „sveiką idėjų apykaitą". Arba kas, jeigu Pietų valstijos medicinos mokykla vieną dieną paskelbtų, kad neproporcingai didelis juodaodžių stojančiųjų skaičius, priimamas pagal rasiškai neutralius kriterijus, kelia grėsmę jos studentų kontingento įvairovei, taigi, taip apibrėžus, kenkia jos edukaciniam procesui? Tuomet galėtų būti paisoma baltos odos kaip faktoriaus, palankaus stojančiajam, – tokio kaip muzikavimo įgūdžiai arba skatinimas praktikuoti mediciną kaimo vietovėje.

Keturiems teisėjams, kurie balsavo už Deiviso programos palaikymą kaip konstitucinės, nebūtų sunku atskirti šias lanksčias programas, kurios žydų tautybę laiko kliūtimi arba baltą odos spalvą – palankiu faktoriumi. Nė viena iš šių programų negalėtų būti apginta kaip padedanti atitaisyti „praeities socialinę diskriminaciją". Jie galėtų argumentuoti, jog, priešingai, kadangi šios programos blogina rasių, kurios buvo ir lieka sisteminės išankstinės neigiamos nuostatos aukos, narių padėtį, tos programos dėl šios priežasties turi būti „griežtai tikrinamos" ir stabdomos, jeigu nėra pozityviai įrodyta, kad jos yra „būtinos", o jų svarba – nepaneigiama.

Teisėjas Powellas, aišku, neturėjo galvoje jokių šitokių programų, kai rašė savo nuomonę. Jis, be abejo, negalėtų jų pripažinti kaip kons-

titucinių. Tačiau, kitaip nei minėti keturi teisėjai, jis negali, nenusižengdamas nuoseklumui, atskirti tokių programų remdamasis jų pagrindu, nes sprendiniai, kuriuos ką tik aprašiau, numato būtent „subjektyvius" ir „bestandarčius" sprendinius apie „stigmą", kuriuos jis atmetė kaip nepriimtinus konstituciniams principams.

Esmė, mano galva, paprasta. Skirtumas tarp bendros rasinės klasifikacijos, nulemiančios tolesnį padėties blogėjimą tiems, kurie nukentėjo dėl neigiamos išankstinės nuostatos, ir klasifikacijos, sukonstruotos jiems padėti, yra morališkai reikšmingas ir jo negali nuosekliai paneigti konstitucinis įstatymas, kuris rasės naudojimo galimybės nepašalina absoliučiai. Jeigu nominalus standartas rasinėms klasifikacijoms testuoti neigia tą skirtumą, tas skirtumas vis tiek vėl iškils, taikant tą standartą, nes (kaip šie be galo mažai tikėtini hipotetiniai pavyzdžiai parodo) mūsų teisingumo jausmas reikalaus šios perskyros. Jeigu taip yra, tai tas standartas, kad ir kaip jis būtų suformuluotas, nėra tas pats ir neilgai bus tokiu laikomas.

Šiuos prieštaravimus Powello nuomonei keliu ne paprasčiausiai dėl to, kad nesutinku su jo argumentais, bet tam, kad nurodyčiau, kodėl manau, jog kompromisas, kurį jis sumodeliavo, nors dabar populiarus, gali nebūti pakankamai stiprus principo atžvilgiu, kad suteiktų pagrindą nuosekliai ir tvariai konstitucinei afirmatyviojo veiksmo teisei. Vėlesnės bylos, žinoma, mėgins absorbuoti jo nuomonę į bendresnį konsensą – dėl to, kad ji artimiausia Aukščiausiojo teismo nuomonei garsiojoje *Bakke* byloje, taip pat dėl to, kad teismas elgiasi garbingai, mėgindamas akomoduoti, o ne atsiriboti nuo ankstesnės jo paties doktrinos istorijos. Tačiau Powello nuomonė turi fundamentalių ydų ir jeigu teismas turi prieiti nuoseklią poziciją, tai dar pareikalaus daug daugiau teisinio darbo, nei kol kas įsivaizduoja palengvėjimą pajutusi visuomenė.

16. Kaip suprasti Civilinių teisių aktą*

Kai *Steelworkers v. Weber* byla 1976 metais pradėjo savo kelionę po federalinius teismus, daugelis manė, jog ši byla taps dar svarbesniu iššūkiu afirmatyviojo veiksmo programoms nei įžymioji *Bakke* byla. *Bakke* byla buvo egzaminas afirmatyviojo veiksmo programoms universitetuose ir profesinėse mokyklose. O *Weber* byloje buvo tikrinamas legalumas programų, suteikiančių juodaodžiams pranašumų gamybos mokomosiose programose, programų, iš kurių tiesiogiai gautų naudos didesnis skaičius juodaodžių ir iš kurių būtų galima tikėtis, jog jos greičiau turės padarinių ekonominei rasių nelygybei.

Juodaodžiai buvo itin menkai atstovaujami Kaiserio aliuminio kompanijos gamyklos Gramersyje, Luizianos valstijoje, darbininkų kontingente, kur dirbo Brianas Weberis, baltasis darbininkas. Juodaodžiai toje gamykloje nedirbo kone jokio kvalifikuoto ar įgūdžių reikalaujančio darbo. Kaiseris sutarė su jos profsąjunga įsteigti rengimo programą, rengsiančią darbininkus kvalifikuotam darbui, į kurią esami darbininkai butų priimami pagal stažo eiliškumą, t. y. tuo eiliškumu, kuriuo jie buvo priimti į gamyklą, – išskyrus tai, jog su kiekvienu baltuoju darbininku bus priimamas vienas juodaodis darbininkas, kol juodaodžių skaičius įgūdžių reikalaujančiuose darbuose sudarys tą pačią proporciją iš visų kvalifikuotų darbininkų, kokią juodaodžiai sudarė darbo jėgos kontingente Gramersio rajone.

Weberis pareiškė norą dalyvauti toje mokymo programoje, tačiau jis neturėjo pakankamo stažo, kad gautų „baltą" vietą, nors ir

* Pastaba. Pirmą kartą publikuota *The New York Review of Books,* December 20, 1979. © Ronald Dworkin.

turėjo ilgesnį stažą nei pretendentai, kurie gavo „juodas" vietas. Jis apskundė Kaiserį teismui, sakydamas, jog programa naudojo rasinę kvotų sistemą, taigi buvo nelegali pagal 1964 metų Civilinių teisių aktą, kurio VII skyriaus 703(a) skirsnis numato, kad neteisėta laikytina darbdavio valia:

> (1) nesamdyti arba atsisakyti samdyti, arba atleisti, arba kaip kitaip diskriminuoti bet kokį individą jo kompensacijos, sutarties sąlygų, darbo sąlygų arba privilegijų įdarbinant atžvilgiu dėl to individo rasės, odos spalvos, religijos, lyties arba nacionalinės kilmės; arba
> (2) nustatyti apribojimus, segreguoti arba klasifikuoti savo samdomus darbuotojus arba kandidatus į darbą kokiu nors tokiu būdu, kuris atimtų iš kurio nors individo įsidarbinimo galimybes ar kitaip žalingai paveiktų jo kaip samdomo darbuotojo statusą, dėl to individo rasės, odos spalvos, religijos, lyties ar nacionalinės kilmės.

Penki Aukščiausiojo teismo teisėjai – Brennanas, Marshallas, White'as, Stewartas ir Blackmunas – buvo tos nuomonės, jog Weberis neteisus ir kad šis įstatymas nedaro Kaiserio plano nelegalaus. Jie sakė, jog Kongresas neturėjo intencijos delegalizuoti šios rūšies afirmatyviojo veiksmo planų ir kad jeigu teismas interpretuotų tą įstatymą kaip norėjo Weberis, to įstatymo „tikslas" būtų pamintas. Vyriausiasis teisėjas Burgeris bei teisėjas Rehnquistas nesutiko. Kiti du teisėjai – Powellas ir Stevensas – nedalyvavo bylos svarstyme.

Bakke byloje Powellas buvo tos nuomonės, jog Deiviso medicinos mokyklos priėmimo programa buvo nekonstitucinė, nes ji laikė rezervavusi fiksuotą vietų skaičių mažumų stojantiesiems. Kaiserio kvalifikacijos kėlimo planas taip pat rezervavo fiksuotą vietų skaičių juodaodžiams, tačiau jo negalima pavadinti nekonstituciniu. Konstitucijos vienodos apsaugos klauzulė reikalauja iš valstijų (taigi ir iš valstybinio universiteto profesinių mokyklų) traktuoti žmones kaip lygius, tačiau jokio šitokio reikalavimo nenustato privačioms insti-

tucijoms, jeigu tai, ką šios privačios institucijos daro, nėra susiję su „valstybės veiksmu". Teismas darė prielaidą, jog Kaiserio laisvai inicijuotas sprendimas nekonstituoja valstybės veiksmo ir kad dėl to šis atvejis nereprezentuoja jokio konstitucinio klausimo. Taigi klausimas, keltas *Weber* byloje, yra tik tas, ar Civilinių teisių aktas Kaiserio planą daro nelegalų.

Šis klausimas gali atrodyti ne toks svarbus kaip klausimas, ar tas planas yra konstitucinis. Jeigu Kongresas nepritaria teismo sprendimui, interpretuojančiam Kongreso įstatymą, jis visuomet gali atšaukti tą sprendimą, pakeisdamas tą įstatymą. Jis negali atšaukti sprendimo, kuris interpretuoja Konstituciją. Tačiau svarstomomis aplinkybėmis Aukščiausiojo teismo sprendimas dėl afirmatyviojo veiksmo programų įstatyminio legalumo yra praktiniu požiūriu beveik toks pat neatšaukiamas kaip sprendimas dėl jų konstitucinės galios. Atrodo mažai tikėtina, jog Kongresas dabar išleistų teisės aktą, aiškiai sankcionuojantį arba aiškiai draudžiantį afirmatyvųjį veiksmą įdarbinimo srityje, bent jau tol, kol šis klausimas lieka politiškai toks nepastovus, koks yra dabar. Taigi Teismo sprendimas dėl teisinių pasekmių to, ką Kongresas jau yra padaręs, tikėtina, liks galioti dar kurį laiką, kad ir koks būtų tas sprendimas.

Weber bylą nebuvo lengva spręsti. Civilinių teisių akto skirsnis 703(j) aiškiai skelbia, jog valdžia negali *nurodyti* privačioms institucijoms priimti afirmatyviojo veiksmo planus. Tačiau Kaiserio programa nebuvo įgyvendinama pagal Teisingumo departameto ar kurios kitos vyriausybės žinybos nurodymą; dėl jos buvo sutarta tarp kompanijos ir profesinės sąjungos. Byla būtų buvusi lengvesnė, jeigu Kaiseris būtų pripažinęs, kad kompanija diskriminavo juodaodžius praeityje. Jei būtų buvę sakoma, jog jos ligi tol diegtos įdarbinimo politinės nuostatos buvo kokia nors prasme diskriminacinės, tokios, kurios pažeidžia VII skyriaus normas, ir jeigu tai būtų buvę įrodyta, tai jos afirmatyviojo veiksmo programa būtų buvusi pateisinama kaip sau nusistatyta teisinio atitaisymo priemonė – tokios rūšies, kokios būtų galėjęs pareikalauti teismas. Teismo teisėjas sakė, jog yra „ginčytina", kad Kaiseris buvo pažeidęs VII skyrių praeityje. Tačiau

Kaiseris, suprantama, nepripažino, kad jis tai padarė, – toks pripažinimas būtų pasmerkęs jį daugybei privačių juodaodžių ieškinių. O jokia kita privati to proceso šalis neturėjo jokio intereso net ir kelti šį klausimą.

Burgeris ir Rehnquistas manė, jog VII skyriaus 703(a) skirsnio kalba yra tokia preciziška ir nedviprasmiška, jog teismui nėra jokio reikalo daryti ką nors daugiau, kaip tik perskaityti įstatymą. Burgeris sakė, jog jeigu jis 1964 metais būtų buvęs Kongrese, jis būtų balsavęs prieš tokių planų kaip Kaiserio delegalizavimą, tačiau jis buvo tos nuomonės, jog negali būti jokių abejonių, kad to skyriaus žodžiais, cituotais anksčiau, padaryta būtent tai. Šis požiūris į tą įstatymą yra neįtikinamas. Turint omenyje ištisus piktybinės rasinės diskriminacijos šimtmečius, tokios frazės kaip „diskriminuoti asmenį dėl rasės" arba „atimti iš asmens galimybę dėl jo rasės" gali būti pavartotos neutralia (ar, kaip savo nuomonėje parašė Brennanas, „pažodine") prasme, apimant *bet kokią* įmanomą rasinę klasifikaciją. Arba jos gali būti vartojamos (ir, manau, paprastai yra vartojamos) vertinamąja prasme, norint išskirti rasines klasifikacijas, kurios yra užgaulios, nes atspindi norą bloginti vienos rasės padėtį kitos atžvilgiu, arba arbitralios, nes netarnauja jokiam teisėtam tikslui, arba atspindi favoritizmą, nes vienos rasės narius traktuoja su didesniu rūpesčiu nei kitos rasės narius. Pirmąja prasme tiek juodaodžio aktoriaus pasirinkimas vietoj baltojo vaidinti Otelą, tiek afirmatyviojo veiksmo programos institucionalizavimas siekiant padėti įtvirtinti tikrą rasinę lygybę laikytini diskriminacija prieš baltuosius ir galimybių atėmimu iš baltųjų dėl jų rasės. Tačiau antrąja, vertinamąja prasme nei viena, nei kita nelaikytina diskriminacija. Tai, kokia prasmė priskirtina VII skyriui, yra sunkus klausimas.

Žinoma, bet kuria prasme VII skyriaus nuostatos galiotų ir rasinei diskriminacijai prieš baltuosius, kaip ir prieš juodaodžius. Ankstesnėje byloje, *McDonald v. Santa Fe Trail Transportation Co.*, Aukščiausiasis teismas buvo tos nuomonės, jog transporto kompanija pasielgė neteisėtai, nemotyvuotai atleisdama baltąjį darbininką, kai juodaodžiai darbuotojai, kalti dėl tokio pat pažeidimo, liko dirbti.

Tai buvo toks pat akivaizdus favoritizmo atvejis – favoritizmo, taip pat nesusieto su jokia legitimia institucionalizuota afirmatyviojo veiksmo programa, – koks būtų buvęs priešingas atvejis. Tačiau tąkart Teismas aiškiai ir apdairiai paliko atvirą klausimą, ar tas įstatymas delegalizuoja afirmatyviojo veiksmo programas, „kurios nesusijusios su diskriminacija prieš jokią rasę, baltąją ar juodąją, o veikiau yra sumanytos kompensuoti už praeities rasinę diskriminaciją".

Weber byla reikalavo iš teismo spręsti klausimą, kurį jis paliko atvirą *McDonald* byloje. Jeigu būtų aišku, jog „diskriminuoti ... dėl ... rasės" buvo pavartota neutralia prasme, teismui būtų nebuvę jokios prasmės palikti atvirą klausimą, ar šitai galioja ir afirmatyviajam veiksmui. Dauguma *Weber* byloje buvo teisi tiek kasdienės kalbos, tiek precedento požiūriu: į klausimą, kaip turėtų būti interpretuojamas VII skyrius, neįmanoma atsakyti paprasčiausiai spoksant į žodžius, kuriuos vartojo Kongresas.

Šis klausimas akivaizdžiai yra kardinalinės svarbos. Daugumos atstovų nuomonės ir atskirosios nuomonės išsako dvi labai skirtingas Civilinių teisių akto koncepcijas, ir svarbu nuspręsti, kuri versija yra natūrali Jungtinių Valstijų teisei. Anot Brennano, rašiusio daugumos vardu, tas aktas reprezentuoja Kongreso sprendimą sudaryti sąlygas rasinei lygybei lavinimo, įdarbinimo ir kitose srityse ir pabaigti ekonominę erą, kurioje tie juodaodžiai, kurie nėra visiškai be darbo, daugiausiai tegali gauti vien blogiau apmokamus ir ne tokius įdomius darbus. Todėl su grindžiamąja politine nuostata nederėtų aiškinimas, jog tas aktas draudžia laisvai inicijuojamus planus privačiame sektoriuje, kuriais siekiama šių tikslų.

Rehnquistas prieštarauja, labai karštai. Jis sako, jog dauguma veikė kaip Orwello *1984-ųjų* tipo tironija, priimdama sprendimą, kokio norėjo, intelektiškai negarbingu būdu, nepaisydama to, ką Rehnquistas laikė triuškinamais ir stipriais argumentais už priešingą išvadą. Anot Rehnquisto, tas aktas įkūnija lygybės koncepciją, kuri draudžia visokias įmanomas perskyras, grindžiamas rase, todėl daugumos sprendimas, užuot prisidėjęs prie to akto politinės nuostatos įgyvendinimo, „VII skyriuje išskaito to paties blogio toleranciją, kurį

išgyvendinti buvo to įstatymo intencija". Jeigu Rehnquistas yra teisus, tai visiškai įmanomas dalykas, jog *Weber* bylos sprendimas, nors dabar labai giriamas pilietinių teisių grupių, bus labai apribotas ar netgi pakeistas panašiose bylose ateityje.

Šios dvi nuomonės – daugumos ir atskiroji – laikosi konkuruojančių pozicijų dėl klausimo, kokias procedūras teismas turėtų naudoti Kongreso aktui interpretuoti, ir mes negalime suprasti ar įvertinti šių nuomonių, nesvarstydami šio jurisprudencinio klausimo. Pirmiausia būtina padaryti perskyrą tarp įstatymo, kuris yra kanoninis sakinių, priimtų Kongreso, kompleksas, ir teisės aktų, sukurtų to įstatymo, t. y. juridinių teisių, pareigų, galių, leidimų arba draudimų komplekso, kuriuos tas įstatymas įgalina arba sankcionuoja. Jungtinėse Valstijose (kaip ir kiekvienoje brandžioje teisinėje sistemoje) esama griežtų ir preciziškų normų, dėl kurių visuotinai sutariama ir kurios apibrėžia, kas laikytina įstatymu. Tai sakinių kompleksas, pateiktas Kongresui, kai šis balsuoja, patvirtintas pareigūno ir po to pasirašomas prezidento. Tačiau didžiai kontroversiška yra tai, kokie principai fiksuoja teisės aktų reikšmę, kurie gimsta iš tam tikro konkretaus įstatymo. Kai patenkintos dvi sąlygos – kai žodžiai įstatyme nedviprasmiškai reikalauja tam tikro sprendimo dėl juridinių teisių ir pareigų ir kai tas sprendimas yra pagrįstai susietas su kokiu nors plačiai palaikomu politiniu tikslu, – tuomet nekontroversiška tai, jog tie teisės aktai apima tą sprendimą ir teisėjai turi prievolę jam suteikti galią – nepriklausomai nuo to, ar jie patys pritaria jam, ar ne, – jeigu jie nemano jo esant nekonstitucinio.

Kai kuri nors iš šių sąlygų nėra patenkinta – pavyzdžiui, kai pavartotieji žodžiai galėtų būti vartojami išreikšti bet kurį iš tų dviejų sprendimų, – tai privalu pateikti argumentą, pagrindžiantį, kuris sprendimas – jei apskritai kuris nors iš jų – yra natūralus teisės aktui. Bet koks šitoks argumentas numatys tai, ką galima būtų pavadinti įstatymų leidybos teorija, t. y. teorija, aiškinančia, kaip nustatyti, kurias juridines teises ir pareigas Kongresas įtvirtino, balsuodamas už tam tikrą sakinių kompleksą.

Tarp Amerikos ar, tiesą sakant, bet kurios brandžios teisinės sistemos teisėjų nesama sutarimo dėl įstatymų leidybos teorijų. Priešingai, įstatymų leidybos samprata jurisprudencijoje figūruoja kaip tai, ką filosofai vadina „ginčijama" (*contested*) samprata. Pačios įstatymų leidybos teorijos nėra išdėstytos įstatymuose, netgi nėra fiksuotos teisminio precedento; kiekvienas teisėjas turi pats taikyti teoriją, kurios autoritetą, jam pačiam, ne tik kitiems, sudaro jos įtikinamoji galia.

Rehnquisto atskiroji nuomonė turi tą dorybę, jog gana aiškiai išdėsto jo įstatymų leidybos teoriją. „Mūsų užduotis šioje byloje, kaip ir bet kokioje kitoje byloje, susijusioje su įstatymo aiškinimu", sakė jis, „yra suteikti galią Kongreso intencijai. Kad išskaitytume tą intenciją, mes tradiciškai žvelgiame pirma į įstatymo žodžius, o jeigu jie yra neaiškūs – į įstatymo legislatyvinę istoriją". (Frazę „legislatyvinė istorija" teisininkai vartoja nurodyti projekto, kuris galiausiai tampa įstatymu, svarstymo Kongrese protokolams, įskaitant komitetų ataskaitas ir debatus plenarinių posėdžių metu.) Rehnquistas mano, jog pagal šią įstatymų leidybos teoriją, anot kurios teisės aktų reikšmę fiksuoja vien tai, ką jis vadina legislatūros „intencija", tokie planai kaip Kaiserio yra akivaizdžiai delegalizuoti. Jo nepaisymas daugumos nuomonės rodo, jog jis mano, kad ši įstatymų leidybos teorija nėra tiesiog geriausia teorija, bet kad ji – vienintelė įsivaizduojama teorija, tad dauguma buvo ne tik neteisi, bet ir intelektualiai nesąžininga, taikydama, kaip ji darė, kitokią teoriją.

Rehnquisto Kongreso intencijos teorija iš tiesų yra populiari teorija. Ji turi du akivaizdžius ir tarpusavyje susijusius privalumus. Pirma, ji atrodo teikianti galią bendriesiems demokratijos principams: kadangi legislatūrai patikėta kurti teisę, legislatūrą dera manyti padarius tai, ką ji ketino padaryti, bent jau jeigu žodžiai, kuriuos ji pavartojo, leidžia tokią interpretaciją. Antra, teismo sprendimą ji atrodo daranti politiškai neutraliu sprendimu: teismas turi atsakyti į istorinį klausimą – ką, legislatūros ketinimu, turėjo padaryti įstatymas, – o ne daryti savo politinį sprendimą. Tačiau iš tikrųjų abi apeliacijos yra didžiąja dalimi iliuzinės, ir šios legislatyvinės intencijos teorijos pravartumas pasigilinus pasirodo esąs daug menkesnis, nei atrodo.

Ši teorija atrodo naudinga tik dėl to, kad išnaudoja legislatyvinės intencijos idėjos dviprasmybę. Šia fraze buvo nusakomos dvi skirtingos sampratos, ir teisės mokslas bei praktika nebuvo itin atidūs šiam skirtumui. Pirmoji yra *institucionalizuotos intencijos* idėja – politinės nuostatos ar principo, ar kokio nors šių komplekso, kuris kokiu nors būdu yra *priimamas* taip, kad aiškiu legislatyviniu sprendimu tampa įstatymų leidybos dalimi. Įstatymuose kartais būna atvirų tikslo deklaracijų, išdėstytų vadinamosiose „preambulėse", nors kadaise Jungtinėse Valstijose tai buvo labiau įprasta nei dabar. Jeigu Civilinių teisių akte būtų buvusi preambulė, išdėstanti, jog jo intencija yra užtikrinti, kad joks asmuo negautų jokios naudos dėl jokios įmanomos rasinės klasifikacijos, šis supratimas būtų buvęs paverstas įstatymų leidybos dalimi, ir normas, išsakomas likusio įstatymo, būtų derėję interpretuoti tik tokioje šviesoje.

Nors preambulės dabar yra retas dalykas, konvencija įtvirtino kitus metodus, kuriais tikslai patvirtinami kaip įsatymų dalis. Plačiausiai naudojamas metodas, manau, yra komiteto ataskaitos metodas: jeigu tam tikras Kongreso komitetas svarstė įstatymo projektą ir paskelbė plačią jį rekomenduojančią ataskaitą, tai bet kokį toje ataskaitoje išdėstytą supratimą to, ko tuo projektu siekiama, konvencija dabar traktuoja taip, tarsi tas išaiškinimas būtų prijungtas prie įstatymo. Jeigu projektas priimamas, tas pareiškimas suprantamas kaip priimtas sykiu su įstatymu, kaip institucionalizuotas jo tikslo išaiškinimas.

Šį komiteto ataskaitos susiejimą su įstatymu įmanomą daro tik konvencija ir tik dėl tos konvencijos tas susiejimas yra pateisinamas. Kadangi Kongreso nariai supranta konvenciją ir prieš akis turi komiteto ataskaitą kaip dalį institucinės medžiagos, kuria remdamiesi jie balsuoja, teisinga bet kokį pareiškimą toje ataskaitoje laikyti dalimi to, ką jie patvirtina savo balsavimu, žinoma, išskyrus tą atvejį – o taip kartais nutinka, – kai įstatymas yra specialiai papildomas norint paneigti kokią nors ataskaitos nuostatą.

Preambulėmis ir komitetų ataskaitomis institucionalizuotos intencijos mechanizmai nesibaigia. Tokios intencijos taip pat gali būti

kuriamos kongresmenų pareiškimais plenariniuose posėdžiuose, debatuojant dėl įstatymo projekto, tačiau šios konvencijos detalių neįmanoma išsakyti taip užtikrintai. Jeigu pagrindinis kalbėtojas, remiantis įstatymo projektą, teikia bendrą supratimą apie tai, ką tas įstatymas padarys, ir jeigu kiti kongresmenai tai pripažįsta kaip savotišką oficialų išaiškinimą arba kaip neformalų papildymą, tai jo pareiškimas turės tokią galią, ir dabar teismuose yra įprasta paisyti tokių pareiškimų. Tačiau patikslinimas, jog toks pareiškimas turi būti pripažįstamas kaip tai, kas buvo suprantama kaip paties įstatymo dalis, yra labai svarbus. Jeigu net pagrindinio kalbėtojo pareiškimui apie tai, ko bus pasiekta rengiamuoju įstatymu, prieštarauja kiti įstatymų leidėjai, tai tas pareiškimas tampa tiesiog pranešimu jo paties įsitikinimo – įsitikinimo, skirtingo nuo jų, – apie tai, kaip įstatymas turėtų būti ar bus interpretuojamas žinybų ir teismų, o visai ne institucionalizuota intencija.

Ši pirmoji legislatyvinės intencijos samprata – institucionalizuotos intencijos samprata – jokia prasme nėra psichologinė samprata. Preambulė arba atviras pareiškimas komiteto ataskaitoje, arba neginčytinas pasiūlytasis išaiškinimas laikoma dalimi to, kas priimama, ne dėl kokios nors prielaidos apie viltis ar motyvus, ar įsitikinimus, ar kokią kitą bet kurio konkretaus kongresmeno mentalinę būklę, bet dėl to, kad konvencija, kuri tą pareiškimą prijungia prie įstatymo, dabar yra įstatymų leidybos institucijos Jungtinėse Valstijose dalis. Ši konvencija turi tokį patį loginį statusą (nors, žinoma, nėra nei tokia pat atvira, nei tokia garantuota) kaip fiksuotos konstitucinės normos, numatančios formą, kuria privalo būti priimtas įstatymas.

Todėl institucionalizuotos intencijos sampratą reikia griežtai atskirti nuo antrosios legislatyvinės intencijos sampratos, kurią vadinsiu kolektyvinio supratimo samprata ir kuri yra akivaizdžiai psichologinė samprata. Ši antroji samprata legislatyvinę intenciją laiko konkrečių kongresmenų – kurie rengia projektą bei teikia argumentus už tam tikrą konkretų įstatymą, užsiima jam palankiu arba nepalankiu lobizmu, oponuoja jam ir balsuoja už ar prieš jį – kokia nors intencijų kombinacija – o tai, kokia kombinacija, yra ginčo dalykas. Žinoma,

senatoriai arba Atstovų rūmų nariai, kurie šia prasme yra legislatyvinio proceso dalyviai, taip pat jų patikėtiniai bei kitos valdžios žinybos arba darbuotojai išties veikia remdamiesi kokiais nors įsitikinimais apie tai, kokią teisinę valią įstatymas iš tikrųjų įgyvendins. Pavyzdžiui, kongresmenas galėjo balsuoti už Civilinių teisių aktą būtent dėl to, kad manė, jog šis uždraus tam tikro tipo afirmatyviojo veiksmo programas; kitas galėjo už jį balsuoti tik dėl to, kad manė, jog jis neuždraus tokių programų. Ši psichologinė legislatyvinės intencijos samprata suponuoja, jog kokia nors šių individualių įsitikinimų kombinacija ar funkcija konstituoja kolektyvinį institucijos kaip visumos supratimą, todėl, jeigu, pavyzdžiui, egzistavo šitokia kombinacija, palanki supratimui, jog afirmatyvusis veiksmas bus delegalizuotas, tai šitai ir buvo pačios legislatūros intencija.

Ši legislatyvinės intencijos samprata yra beprasmiška, jeigu individualių supratimų kombinacija, reikalinga konstituoti kolektyvinę intenciją, nėra bent apytikriai sukonkretinta. Teisininkai, kurie atrodo besikliaują šia legislatyvinės intencijos samprata, šiuo klausimu retai kalba atvirai ir taria, jog reikalinga kombinacija gali būti sudaryta įvairiais būdais. Tačiau jeigu legislatyvinio ketinimo teorija nori likti ištikima demokratiniams principams, turi būti patenkintas štai koks minimalus reikalavimas: pakankamas skaičius tų, kurie balsavo už įstatymą, turėjo turėti bendrą supratimą, toks, kad vien to skaičiaus būtų pakakę priimti įstatymui, net jeigu visi kiti – visi tie, kurių supratimas buvo kitoks, – būtų balsavę prieš.

Taigi kolektyvinio legislatyvinio supratimo idėja yra nelabai pravarti. Kai kurie iš jos ribotumų buvo dažnai pažymimi gausioje teisinėje literatūroje, skirtoje įstatymų interpretacijai. Pavyzdžiui, teisininkai žino, jog praėjus ne vieneriems metams po įvykio, teismui labai sunku nustatyti, koks buvo bet kurio konkretaus įstatymų leidėjo supratimas, todėl sunku sužinoti ir tai, koks buvo sudėtinis supratimas. Tai epistemologinis sunkumas, kurį pripažįsta ir pats Rehnquistas, mat jis pripažįsta, jog kai kuriais atvejais gali būti sunku pasakyti, kokia buvo legislatūros intencija, nors ir mano, jog šitaip nėra Civilinių teisių akto atveju.

Esama ir kitų, ne tokių įprastų sunkumų, susijusių su ta idėja. Akimirką tarkime, jog kiekvienas kongresmenas, balsavęs dėl Civilinių teisių akto, turėjo kokį nors įsitikinimą dėl to, ar tas įstatymas uždraus afirmatyvųjį veiksmą. Tarkime, jog iš šimto senatorių šešiasdešimt balsavo už aktą, tačiau tik keturiasdešimt devyni iš jų manė, jog jis delegalizuos tokius planus kaip Kaiserio planas. Tokiu atveju negalėjo būti nė vienai iš tų alternatyvų palankaus kolektyvinio supratimo, net jeigu visų tų, kurie balsavo prieš aktą, įsitikinimas buvo toks pat, ir bendra suma tų, kurie buvo šios nuomonės, buvo aštuoniasdešimt devyni. Ir iš tiesų: prielaida, kurią darėme, yra beveik visada nepateisinama. Klaidinga tarti, jog kiekvienas įstatymų leidėjas, kuris balsuoja dėl įstatymo projekto, turi vienokį arba kitokį supratimą apie kiekvieną galimą siūlomo įstatymo pasekmę. Pavyzdžiui, atrodo visiškai tikėtina, jog kai kurie iš senatorių ir Atstovų rūmų narių, kurie balsavo dėl Civilinių teisių akto, neskyrė visiškai jokio dėmesio problemai, ar aktas uždraus laisvai inicijuojamas programas, tokias kaip Kaiserio. Lygiai taip pat tikėtina, jog daugelis iš tų, kurie vis dėlto tai svarstė, iš tikrųjų nebuvo tikri, ar tas aktas uždraus tokias programas, ir arba neturėjo jokio motyvo mėginti išsiaiškinti šį dalyką, arba turėjo stiprų motyvą to nedaryti. Jeigu daugelis kongresmenų neturėjo jokio tvirto supratimo, ar uždraus, ar neuždraus alternatyvą, arba jeigu dauguma, kuri priėmė įstatymą, buvo nevieningos nuomonės, tai ir vėl kolektyvinis supratimas nėra tiesiog toks dalykas, kurį sunku nustatyti. Jis neegzistuoja.

Negana to, net kai užtenkamas skaičius kongresmenų išties sutaria dėl to, ką padarys įstatymas, tas sutarimas negalėtų konstituoti tos rūšies kolektyvinio supratimo, kuriam teismas turėtų suteikti galią. Mat turime kruopščiai skirti skirtingos rūšies nuomones, kurias kongresmenas galėtų turėti dėl miglotos ir neaiškios įstatymo, dėl kurio jis turi balsuoti, nuostatos. Jis galėtų tarti, kad pati tos nuostatos kalba visgi apibrėžia kokį nors kontroversišką klausimą arba kad kokia nors preambulė arba nekvestionuotas pareiškimas konstituoja institucionalizuotą intenciją, remiančią vieną arba kitą alternatyvą. Tačiau jeigu tekstas yra iš tiesų neaiškus ir jeigu nebūta jokio pareiš-

kimo, sudarančio institucionalizuotą intenciją, labiau tikėtina, kad jis manys, jog įstatymo tekstas palieka tą atvirą klausimą spręsti teismams kaip interpretacijos klausimą.

Tuo atveju bet kokia nuomonė apie įstatymo pasekmes, kurios jis gali laikytis ar kurią gali išreikšti, būtų sprendimo, kurį priims teismai, prognozavimo dalykas. Sprendimas, kurį jis prognozuoja, galėtų būti sprendimas, kuriam jis atiduoda pirmenybę ir už kurį, aiškiai suformuluotą, būtų balsavęs, jeigu būtų galėjęs tai padaryti. Kitaip tariant, prognozuojamasis sprendimas galėtų reprezentuoti jo viltis. Jeigu taip yra ir jeigu pakankamas skaičius kitų kongresmenų išreiškia tą pačią viltį, tai šitai reprezentuotų Kongreso valią. Tačiau kongresmeno prognozė galėtų reprezentuoti ne jo viltis, bet paprasčiausiai jo lūkesčius ar netgi jo baimes. Tuo atveju būtų stambus riktas tarti, jog jeigu teismas išpildo jo prognozę, jis įgyvendina jo valią. Jeigu kolektyvinio supratimo idėja turi vaidinti kokį nors naudingą vaidmenį įstatymų leidybos teorijoje, ją reikia ginti taip, kad tik faktai, liudijantys įstatymų leidėjų viltis, o ne jų paprastas prognozes, kad ir kokios užtikrintos šios būtų, galėtų būti laikomi kolektyvinio supratimo įrodymu.[147] Tačiau šitai dar labiau sumažina tikimybę, jog egzistuos supratimas, palankus vienai arba kitai alternatyvai bet kokiu konkrečiu atveju, ir didina tikimybę, jog tokio supratimo „nustatymas" teisme būtų tik prasimanymas.

Niekas geriau neiliustruoja šių perskyrų reikalingumo nei 1964 metų debatai Kongrese, atvedę prie Civilinių teisių akto. Oponentai daugsyk tvirtino, jog VII skyrius leis federalinėms žinyboms nustatyti rasines kvotas privačiame sektoriuje. Jie reiškė pasibjaurėjimą tokiu kišimusi ir vylėsi užsitikrinti paramą kitų, kuriems tai taip pat kėlė pasibjaurėjimą. Galiausiai įstatymas buvo papildytas, prie VII skyriaus pridedant 703 (j) skirsnį, kuris aiškiai skelbė, jog niekas tame akte neturi būti interpretuojama kaip tokių primetamų kvotų sankcija. Tačiau jeigu tas aktas nebūtų buvęs papildytas, būtų buvę neteisinga nurodyti tuos oponentų pareiškimus kaip įrodymą, jog įstatymas išties padarė tai, dėl ko jie baiminosi. Lygiai taip pat klaidinga būtų buvę remtis tais įstatymo projekto šalininkais, kurie teigė,

jog įstatymas neleidžia privalomųjų (*compulsory*) kvotų, kaip įrodymų, liudijančių Kongreso valią uždrausti kvotas. Keletas iš to akto rengėjų net ir iki papildymo manė, jog jis bus interpretuojamas kaip draudžiąs tokias privalomąsias kvotas, – jie neabejotinai tai sakė, – tačiau šitai nebūtinai buvo tai, ko net ir jie norėjo. Daugelis parlamento narių, kurie reiškė palankumą įstatymo projektui dar iki papildymo, taip galėjo elgtis nuogąstaudami, kad tie lyderiai yra teisūs, bet vildamiesi, kad jie klysta ir kad aktas bus interpretuojamas kaip sankcionuojąs būtent tokią valdžios prižiūrimą integraciją privačiame sektoriuje, kokios jie norėjo.

Dabar turime panagrinėti Rehnquisto argumentaciją, kad suprastume, kurią iš dviejų mūsų išskirtųjų legislatyvinio ketinimo sampratų jis pats turėjo galvoje. Savo argumentaciją jis konstruoja remdamasis debatais, kuriuos aš jau aprašiau: 1964 metų debatais Kongrese tarp Civilinių teisių akto oponentų, sakiusių, jog šis aktas – toks, koks suformuluotas projekte, – leis federalinėms žinyboms reikalauti, kad privačios įmonės samdytų darbuotojus laikydamosi rasinių kvotų, ir jo šalininkų, atsakiusių, kad jis neleis tokio diktato. Kai kurie iš šių šalininkų ėjo toliau ir paskelbė, jog tas įstatymo projektas užkirs kelią *bet kokiems* sprendimams – net savo iniciatyva – priimti į darbą rasiniu pagrindu. Senatorius Humphrey, pavyzdžiui, argumentavo, jog VII skyrius „sako, kad rasė, religija ir nacionalinė kilmė neturi būti naudojamos kaip pagrindas priimti į darbą ir atleisti iš jo. VII skyrius yra sukurtas siekiant skatinti priimti į darbą gebėjimo ir kvalifikacijų pagrindu, o ne rasės ar religijos pagrindu".

Senatoriai Joe Clarkas ir Cliffordas Case'as, kurie buvo „kapitonais" nuo abiejų partijų įstatymo projektui rengti, įteikė tai, ką pavadino „interpretaciniu memorandumu", skirtu priverčiamųjų kvotų problemai, kuriame sakoma: „VII skyriuje nesama reikalavimo, kad darbdavys išlaikytų rasinę pusiausvyrą savo darbuotojų kontingente. Priešingai, bet kokia speciali pastanga išlaikyti rasinę pusiausvyrą ... neišvengtų nusižengimo VII skyriaus nuostatoms, nes tokios pusiausvyros išlaikymas reikalautų iš darbdavio samdyti žmones

arba atsisakyti juos samdyti rasės pagrindu ... Jis nebūtų įpareigotas – arba laisvas – atleisti baltuosius tam, kad priimtų negrus, arba nustatyti pirmenybę negrams į ateityje atsilaisvinsiančias vietas, arba, kai negrai atleidžiami, suteikti jiems specialias privilegijas baltųjų darbininkų, nusamdytų anksčiau, sąskaita."

Nė vienas iš šių pareiškimų netenkino oponentų, kurie nuogąstavo, jog valdžia savo potvarkiais padarys privalomas rasines kvotas arba rasinę pusiausvyrą. Galiausiai tapo būtina padaryti papildymą, aiškiai draudžiantį tokius potvarkius. Tai buvo 703 (j) skirsnis, pasak kurio niekas VII skyriuje „neturi būti interpretuojama kaip reikalavimas, kad darbdavys ... teiktų pirmenybę kokiam nors individui ar grupei" siekiant sumažinti rasinį disbalansą darbuotojų kontingente. Aukščiausiojo teismo teisėjas Brennanas, daugumos vardu nuomonę rašęs *Weber* byloje, pabrėžė, jog ši nauja išlyga tesako tai, jog afirmatyvusis veiksmas nėra reikalaujamas, o ne tai, kad laisvai inicijuojamas afirmatyvusis veiksmas yra draudžiamas. Tačiau Rehnquistas vietoj to akcentavo ligtolinę istoriją ir gausius kongresmenų pareiškimus, kuriuos jis rado, argumentuodamas, jog naujoji išlyga nebuvo būtina, nes aktas ir pats savaime, be naujosios išlygos, uždraudė bet kokią rasiniu principu pagrįstos įdarbinimo ar karjeros programos formą.

Ką, Rehnquisto supratimu, rodo tie pareiškimai? Ar jie konstituoja institucionalizuotą intenciją, ir tuomet įstatymas turėtų būti aiškinamas taip, lyg tie pareiškimai formaliai būtų jo dalis, kaip žodinė preambulė? Tai be galo neįtikinama. Nesama legislatyvinės konvencijos, kuri net ir pagrindinių lyderių, net „kapitonų nuo abiejų partijų" pareiškimus automatiškai paverstų preambulėmis. Jeigu egzistuotų tokia konvencija, įstatymo projekto oponentams nebūtų derėję pagarsinti savo baimes po to, kai buvo padaryti tie patikinamieji pareiškimai. Priešingai – tai būtų buvę paika. Taip pat nebūtų buvę jokio reikalo pridurti 703 (j) skirsnį. Tai būtų tuščias darbas, tiesiog pakartojimas to, ką senatoriai Humphrey, Clarkas, Case'as ir kiti jau buvo pridūrę prie įstatymo projekto.

Tas faktas, kad Kongresas pridūrė 703 (j) skirsnį, rodo, jog kong-

resmenai nepripažįsta egzistuojant konvenciją, kuri svarbių senatorių pareiškimus paverčia papildymais. Žinoma, šie papildymai būtų *galėję* būti teikiami ir kiekvieno suprantami kaip konstituojantys institucionalizuotą intenciją. Tačiau akivaizdu, jog jie nebuvo pateikti kaip tokie papildymai. Lyderiai, kuriuos Rehnquistas citavo, pateikė savo nuomones apie siūlomo priimti įstatymo teisines pasekmes tiesiog *kaip* savo nuomones, kurios ir toliau buvo ginčijamos kitų, todėl šį klausimą buvo būtina išspręsti formaliu papildymu. Eiliniam senatoriui arba Atstovų rūmų nariui, balsuojantiems už Civilinių teisių aktą, nebuvo reikalo tarti, jog jam tenka atsakomybė dėl to, ką, pasak Humphrey'aus ar Clarko-Case'o memorandumo, padarys Civilinių teisių aktas, ir neteisinga – bei prieštarauja demokratijai – tvirtinti, jog jis buvo saistomas tokios atsakomybės.

O gal Rehnquistas, priešingai, mano jog lyderių pareiškimai, kuriuos jis citavo, yra kokios nors jiems bendros psichologinės būklės, kokio nors kolektyvinio įstatymų leidėjų kaip visumos supratimo įrodymai? Jeigu taip, tai šie įrodymai yra išties labai trapūs. Rehnquistas gali nurodyti tik santykiškai nedidelio skaičiaus kongresmenų pastabas, kongresmenų, kurie, anot jo interpretacijos, laikosi nuomonės, jog tas aktas uždraus afirmatyviojo veiksmo planus, tokius kaip Kaiserio planas. Jis nurodo keletą tų, kurie manė, jog kol aktas nebuvo papildytas, jis būtų sankcionavęs privalomas valdžios nustatomas rasines kvotas, grindžiamas juodaodžių darbuotojų procentine proporcija kontingente, taigi kurie būtų turėję laikytis priešingos nuomonės dėl afirmatyviojo veiksmo planų, t. y. jog aktas leis privačiam sektoriui laisva iniciatyva daryti tai, ką valdžia galėtų nurodyti jam daryti.

Nėra jokių duomenų, kurie rodytų, jog dauguma įstatymų leidėjų – arba pakankamai didelis skaičius tų, kurie balsavo už tai, kad aktas būtų patvirtintas be jokių papildymų – pripažino kurią nors iš šių nuomonių, arba jei ir pripažino, tai – kurią, ir ar, tiesą sakant, jie išvis turėjo kokią nors nuomonę. Tačiau net jeigu mes tariame, kad jie turėjo savo nuomonę ir kad jie sutiko su Rehnquisto interpretacija, vargu ar iš to galima daryti išvadą, jog tai buvo jų valia. Daugelis

galbūt didžiai apgailestavo, jog jie turi priimti įstatymą, kuris taps kliūtimi afirmatyviajam veiksmui (jeigu tariame, jog jie manė, kad jie šitai daro) tam, kad būtų užkardyta tiesioginė rasinė diskriminacija priimant į darbą. Jiems būtų buvę džiugu būti įtikintiems, jog jų vertinimas, kaip aktas bus interpretuojamas, yra klaidingas.

Vienintelės pastabos abejuose Rūmuose, kurios tiesiai pasakė, jog pagal tą aktą būtų nelegalu, jei juodaodis darbdavys teiktų pirmenybę juodaodžiams darbuotojams tam, kad gerintų ekonominę juodaodžių padėtį, skelbė, jog tai yra didžiai apgailestautina. (Tai buvo iš anksto parengtas dialogas tarp senatorių Curtiso ir Cottono, įstatymo projekto oponentų, kurių simpatija juodaodžiui darbdaviui galėjo būti diplomatijos dalykas.) Taigi jeigu Rehnquistas turi galvoje psichologinę sudėtinės intencijos sampratą, jo vartojimas neišvengia nė vieno tos klaidingos sampratos defektų iš ilgo jų sąvado. Dalykas čia ne tas, jog mums tiesiog reikia daugiau įrodymų tam, kad galėtume nustatyti, koks buvo kolektyvinis supratimas. Esmė veikiau ta, kad įrodymai mūsų turiniu rodo, jog nebūta jokio kolektyvinio supratimo, kurį būtų galima nustatyti.

Taigi Rehnquisto argumentacija neįtikina, ar mes jį suprantame kaip besiremiančią institucine legislatyvinio ketinimo samprata, ar kaip besiremiančią psichologine samprata. Jo patrauklumas jam galėjo būti nulemtas šių dviejų sampratų neskyrimo, dėl kurio argumentus, ginančius psichologinę šaką, jis galėjo traktuoti kaip argumentus už institucinės šakos garantijas. Jam nederėjo pasinaudoti šia proga taip aršiai užsipulti savo kolegas, esą šie naudoja pirmus pasitaikiusius argumentus grynai politiniam sprendiniui užmaskuoti, mat jo paties argumentai buvo daug silpnesni, nei jis pats manė.

Tačiau privalome paklausti, ar dauguma turėjo geresnių argumentų nei Rehnquistas. Mat į jo kaltinimą, jog jų sprendimas buvo pagrįstas grynai asmeniniais politiniais įsitikinimais, nebūtų atsakyta tiesiog parodant, jog jo paties argumentai yra prasti. Nuomonę daugumos vardu parašė teisėjas Brennanas. Ją sudaro du skirtingi argumentai, iš kurių vienas aiškus, o kitą reikia rekonstruoti iš nepriklausomų

pastabų. Aiškusis argumentas yra veidrodinis Rehnquisto oponuojančio argumento atspindys ir pasižymi tais pačiais defektais. Jame pasitelkiamos bendros pastabos apie Civilinių teisių akto tikslą, drauge su 703 (j) skirsnio faktu, pagrįsti legislatyvinei intencijai, kad afirmatyviajam veiksmui nebūtų taikomos VII skyriaus nuostatos. Brennanas aiškiai nepasako, ar intencija, apie kurią kalbama, yra institucionalizuota intencija, ar kolektyvinis supratimas.

Jeigu Kongresas nebūtų turėjęs intencijos sankcionuoti laisvai inicijuojamų afirmatyviųjų programų, – sako jis, – jis būtų 703 (j) skirsnyje paskelbęs, jog tokios programos nėra nei privalomos, nei leidžiamos; tačiau Kongresas tik pasakė, jog jos nėra privalomos. „Natūrali išvada yra ta, jog Kongresas nusprendė neuždrausti visokio laisvai inicijuojamo rasiškai sąmoningo veiksmo." Ši išvada yra ne natūrali, o klaidinga. Šis argumentas rodo, jog Kongresas nenusprendė delegitimuoti afirmatyviojo veiksmo, tačiau iš to negalima daryti išvados, jog Kongresas nusprendė to nedaryti. Kongreso personifikavimas skatina klysti (Brennano nuomonėje gausu tokių frazių kaip „Kongreso pirmutinis rūpestis", „Kongresas nuogąstavo" ir t. t.). Tačiau net individo atveju neteisinga sakyti, jog jis arba nusprendžia ką nors leisti, arba nusprendžia to neleisti. Gali būti, kad jis nenusprendė nei taip, nei antraip.

Antrasis Brennano argumentas yra daug sėkmingesnis. Jeigu jį padarytume aiškesnį, jis įgytų maždaug štai kokią formą.

(1) Galime identifikuoti nekontroversišką politinio kurso nuostatą, kuri visiškai remia pagrindines Civilinių teisių akto VII skyriaus nuostatas. Tai nuostata išgyvendinti juodaodžių ir kitų mažumų ekonominį nevisavertiškumą. Daugelis abejų Rūmų narių atviru tekstu rėmė tą politinę nuostatą, ir nė vienas jos neginčijo.

(2) Ta nuostata bus paremta leidžiant tokius planus kaip Kaiserio. Šios nuostatos politika būtų šiurkščiai sustabdyta tokius planus delegalizuojant.

(3) 703 (j) skirsnį remia kitoks ir tam tikru laipsniu konkuruojantis politinis principas, būtent tas, jog valdžia elgiasi neteisingai, jei kišasi į darbo santykius ir personalo politiką privačiame sektoriuje

tiesiog siekdama užtikrinti rasinę pusiausvyrą. Nors toks įsikišimas prisidės prie pagrindinės politinės nuostatos – pasiekti didesnės ekonominės rasių lygybės – įgyvendinimo, jis yra neteisingas, nes pamina tai, ką Brennanas vadina „tradicinėmis valdymo prerogatyvomis". Nors šis principas nėra nekontroversiškas, įstatymų leidybos istorijoje taip pat nebūta atsiribojimų nuo jo.

(4) Norma, draudžianti laisvai inicijuojamą afirmatyvųjį veiksmą, be abejonės, būtų kišimasis į tradicinio valdymo sprendimus, taigi nusižengtų principui, kuriuo paremtas 703 (j) skirsnis, be to, tai būtų ne kišimasis, kuriantis sąlygas įgyvendinti ašinę politinę nuostatą skatinti ekonominę lygybę, o kišimasis, kuriantis kliūtis tam politiniam kursui, tad *a fortiori* smerkiamas to principo. Dėl visų šių priežasčių įstatymas neturėtų būti aiškinamas kaip draudžiąs Kaiserio planą.

Ar tai geras argumentas? Jis jokia prasme nepersonifikuoja Kongreso ar nedaro galimos Kongreso intencijos – nė viena iš prasmių – privačius ir laisvai inicijuojamus rasiškai sąmoningus priėmimo į darbą planus paversti akto išimtimi. Taigi jis nesudarkytas pirmojo Brennano argumento arba Rehnquisto nuomonės klaidos. Vietoj to jis remiasi kitokia įstatymų leidybos teorija, kurią galime pavadinti vientisumo (*coherence*) teorija. Ši suponuoja, jog įstatymas turi būti interpretuojamas kaip kuriąs sąlygas politinėms nuostatoms arba principams, suteikiantiems geriausią politinį to įstatymo pateisinimą, įgyvendinti.

Žinoma, gali būti kontroversiška, kurie principai ar politinės nuostatos suteikia geriausią konkretaus įstatymo arba kokios nors konkrečios to įstatymo išlygos ar apribojimo pateisinimą. Taip pat neįmanoma suformuluoti jokios mechaninės formulės nustatyti atsakymui į tą klausimą. Siūlomasis pateisinimas negali būti priimtas, jeigu jis nedera su įstatymo išlyga ir neranda konkrečios paramos politiniame laiko klimate. Civilinių teisių akto VII skyriaus pateisinimas, pateiktas Brennano, – politinės nuostatos remti rasių ekonominę nelygybę pavaldžios principui, jog privatūs darbdaviai neturėtų būti verčiami išlaikyti rasinę pusiausvyrą, – tenkina tą nuoseklumo kriterijų.

Galima būtų tikėtis, jog pagrindinės VII skyriaus nuostatos, draudžiančios tradicinę juodaodžių diskriminaciją, sumažins ekonominę nelygybę, ir nors įvairūs pasisakymai, kuriuos nurodė Brennanas, tarp jų – ir prezidento Kennedy'io pareiškimai, taip pat įvairių senatorių pareiškimai, neįrodo, jog visi kongresmenai turėjo galvoje šį pateisinimą, jie įrodo, jog tas pateisinimas yra plačiai pripažįstamas ir turi politinio patrauklumo.

Tačiau nors Brennano pasiūlytas pateisinimas išties tenkina šį nuoseklumo kriterijų, jį, šį kriterijų, galėtų patenkinti ir kiti, skirtingi pateisinimai. Nesunku sukonstruoti kitokį pateisinimą, anot kurio įstatymų leidybos vientisumo teorija remtų ne daugumos sprendimą, palaikantį afirmatyvųjį veiksmą, o Rehnquisto nuomonę, jį smerkiančią. Galėtume pasakyti, jog VII skyrių pateisina ne politinė nuostata kurti sąlygas ekonominei lygybei, o principas, jog bet koks rasiškai sąmoningų kriterijų naudojimas priimant į darbą ar paaukštinant darbuotojus pareigybiškai yra neteisingas. Šis principas taip pat dera su pagrindinėmis šio įstatymo nuostatomis, ir jį taip pat remia svari politinės opinijos dalis. Tačiau jeigu šis principas – o ne politinė nuostata kurti sąlygas rasinei lygybei – suprantamas kaip VII skyriaus pateisinimas, tuomet būtent sprendimas už Weberį, o ne sprendimas, palaikantis Kaiserio planą, labiausiai dera su šitaip pateisinamu įstatymu.

Kaip teismas turi pasirinkiti iš dviejų įstatymo pateisinimų, iš kurių kiekvienas dera su įstatymu ir randa pamatą politinėje opinijoje? Jeigu vienas iš šių pateisinimų buvo prijungtas prie įstatymo kaip institucionalizuota intencija, tarpininkaujant kokiai nors legislatyvinei konvencijai tos rūšies, kurią aprašiau anksčiau, tai teismas turi taikyti tą pateisinimą, nors jis ir teikia pirmenybę kitam. Jeigu įstatymų leidybos istorija rodo, jog vienas iš pateisinimų turėjo didelę tam tikro skaičiaus įstatymų leidėjų paramą, tuo tarpu kitas liko nepažymėtas arba buvo atmestas visų, kurie į jį atkreipė dėmesį, tai šitai tikrai galėtų būti tam tikro svarumo įrodymas, jog antrasis vis dėlto neatspindi jokios plačios politinės opinijos. Tačiau daugumoje sunkiųjų bylų tikrinimas, ar tam tikras įstatymas taikytinas kontroversiškomis

aplinkybėmis, kai yra įmanomi du pateisinimai, kurie kreipia į skirtingas puses, abu pateisinimai pakankamai gerai derės tiek su įstatymo tekstu, tiek su politiniu dienos klimatu, ir nei tas, nei kitas nebus prijungtas prie įstatymo konvencijos dėka.

Weber buvo būtent tokia byla. Tokiais atvejais aš neįsivaizduoju jokios kitokios sprendimo procedūros – jokios įstatymų leidybos teorijos – išskyrus šią: vienas įstatymo pateisinimas yra geresnis nei kitas ir teikia kryptį nuosekliam to įstatymo plėtojimui, jeigu tas pateisinimas teikia adekvatesnę ar jautresnę, ar įtikinamesnę grindžiamųjų moralinių principų analizę. Taigi teisėjai turi nuspręsti, kuris iš dviejų konkuruojančių pateisinimų yra pranašesnis politinės moralės atžvilgiu, ir taikyti tą įstatymą taip, kad būtų paremtas tas pateisinimas. Todėl skirtingi teisėjai, kurie nesutaria dėl moralės, nesutars ir dėl įstatymo. Tačiau tai neišvengiama, ir jeigu kiekvienas teisėjas imsis moralinio sprendimo atvirai, informuota visuomenė bus geriau pasirengusi suprasti ir kritikuoti teisėjus nei tuomet, kai moraliniai sprendimo pagrindai slepiami už raizgių argumentų apie neegzistuojančius legislatyvinius ketinimus.

Nėra jokios prasmės protestuoti ir sakyti, esą ši procedūra leidžia teisėjams savo pačių politiniu sprendimu pakeisti išrinktųjų žmonių įstatymų sprendimą. Toks protestas yra dvigubai klaidinamas. Jis įtaigauja, pirma, jog įstatymų leidėjai iš tikrųjų padarė sprendimą, todėl neteisinga, jei teisėjai pakeis tą sprendimą savuoju. Tačiau jeigu jokios institucionalizuotos intencijos nesama, nesama jokio rūpimo kolektyvinio supratimo, o tik du konkuruojantys pateisinimai, tai nesama ir tokio sprendimo. Antra, toks protestas įtaigauja, jog teisėjai gali kaip nors išspręsti tokią bylą tokiu būdu, kuris nereikalauja iš jų daryti politinio sprendimo. Tačiau tokios procedūros nesama, išskyrus metodą, kuris tą sprendimą palieka atsitiktinumui, kaip antai monetos metimas.

Jurisprudencinis argumentas, su kuriuo čia susiduriame, gali būti pateiktas dviem skirtingais būdais. Galime pasakyti, jog teisės aktai, kuriuos produkuoja įstatymas, kai įstatymo žodžiai yra nekategoriški ir nesama jokios institucinės intencijos, tiesiogiai priklauso nuo

politinės moralės. Pavyzdžiui, kai teismas klausia, ar Kongresas VII skyriumi delegalizavo afirmatyvųjį veiksmą, tas teismas privalo iškelti klausimą, kaip *ano* klausimo dalį, ar afirmatyvusis veiksmas yra neteisingas, nes jeigu jis toks yra, tai Kongresas bus delegalizavęs afirmatyvųjį veiksmą. Arba galime pasakyti, jog tokiu atveju tai, ką padarė Kongresas, nėra neaišku, o veikiau neapibrėžta: jis nei delegalizavo afirmatyvųjį veiksmą, nei to nepadarė, todėl kai teismas sprendžia, remdamasis sprendimu apie afirmatyviojo veiksmo teisingumą, tai, ką jis daro, negali būti Kongreso sprendimo pakeitimas paties teismo sprendimu, remiančiu vieną arba kitą alternatyvą. Jis nedaro nieko kita, kaip tik papildo tą sprendimą vieninteliu jam prieinamu racionaliu būdu. Aš manau, jog pirmasis iš šių dviejų aprašymų yra adekvatesnis: jis atspindi gilesnį sudėtingos įstatymų leidybos idėjos supratimą. Tačiau antrasis gali atrodyti protingesnis teisininkams, palankesniems tradiciškesnėms tos institucijos teorijoms. Šis skirtumas nėra svarbus šiame kontekste, nes pagal *bet kurią* interpretaciją prieštaravimas daugumos sprendimui *Weber* byloje – esą tas sprendimas buvo pagrįstas pačių teisėjų įsitikinimais apie afirmatyviojo veiksmo teisingumą ir išmintingumą – yra visai ne prieštaravimas.

Dabar galime suprasti, kodėl tūžmingas daugumos pasmerkimas, išsakytas Rehnquisto, buvo itin netaiklus. *Weber* byla Aukščiausiajam teismui buvo ne įvairių senatorių ir kongresmenų mentalinių būsenų rekonstravimo pratybos, o atvejis, keliąs rimtą ir sudėtingą klausimą apie diskriminacijos esmę ir afirmatyviojo veiksmo teisingumą. Iš tikrųjų tai buvo tas pats klausimas, su kuriuo Teismas susidūrė *Bakke* byloje, tačiau į kurį jis, kaip Teismas, nepateikė atsakymo. Konvencinės rūšies diskriminacija, praktikuojama juodaodžių atžvilgiu Jungtinėse Valstijose per amžius, yra blogis. Tačiau kodėl? Ar ji neteisinga dėl to, kad bet kokia rasiškai jautri perskyra yra visada ir neišvengiamai neteisinga, net kai naudojama teisiškai atitaisyti nelygybei? Jeigu taip, tai būtų teisinga, pagal įstatymų leidybos vientisumo teoriją, VII skyrių interpretuoti kaip delegalizuojantį visas tokias perskyras samdos srityje. Ar tradicinė diskriminacija yra netei-

singa dėl to, kad ji atspindi išankstinę neigiamą nuostatą ir panieką skriaudžiamosios grupės atžvilgiu, taigi blogino tos grupės padėtį? Tuo atveju būtų įtikinamiau VII skyriui priskirti kitokią programą – tokios piktybinės diskriminacijos delegalizavimo ir siekimo pašalinti jos neegalitarines pasekmes, ir būtų iškreipimas – o ne išmintinga – tą įstatymą suprasti kaip neleidžiantį privačių pastangų, nukreiptų į tai.[148]

Bet kuris sprendimas toje byloje – mažumos sprendimas, lygiai kaip ir daugumos sprendimas – turi remtis kokiu nors atsakymu į šiuos klausimus, jeigu jis apskritai nori būti pagrįstas. Todėl vyriausiojo teisėjo Burgerio pastaba – jog jeigu jis būtų Kongrese, balsuotų už tai, kad tokie planai kaip Kaiserio būtų leidžiami, tačiau vis tiek yra įsitikinęs, jog Kongresas juos padarė nelegalius, – yra keblesnė, nei atrodo iš pradžių. Jeigu Burgerio teikiamą VII skyriaus interpretaciją galima paremti tik tariant, jog afirmatyvusis veiksmas yra neteisingas moralinio principo požiūriu, ir jeigu jis nemano, kad jis neteisingas, nes būtų balsavęs už tai, kad jis būtų leistas, jeigu būtų buvęs Kongrese, jis negali ir toliau laikytis savo nuomonės apie tą įstatymą. Kitaip tariant, jeigu jis pripažintų jurisprudencinį šios esė argumentą, Weber ir kitais atvejais jis turėtų balsuoti priešingai.

Tokios pačios prielaidos negalime daryti apie Rehnquisto opozicinį balsavimą. Kaip sakiau, jis teigė, kad taip balsuoti jį vertė neutralūs įstatymo aiškinimo argumentai. Tačiau net jeigu jis sutiktų, jog jokie šitokie argumentai nėra galimi ir kad bet koks sprendimas toje byloje privalo atspindėti kokį nors atsakymą į politinės moralės klausimą, jis vis tiek galėtų atsakyti, jog afirmatyvusis veiksmas yra neteisingas ir kad Kaiserio planas dėl šios priežasties yra neleidžiamas įstatymo. Niekas jo rašytinėje nuomonėje nesugestijuoja ar nelaiko galimu priešingos nuomonės.

Kaip dėl tų penkių teisėjų, kurie sudarė daugumą? Keturi iš jų – teisėjai Brennanas, Blackmunas, Marshallas ir White'as – *Bakke* byloje balsavo už tai, kad konstitucišku būtų pripažintas net tas kvotų planas, kurį naudojo Deiviso medicinos mokykla, siekdama užtikrinti nustatytąją mažumos studentų proporciją. Jų balsavimas rėmė prielaidą, jog net kvotų planas nepažeidžia fundamentalių politinių

baltųjų studentų teisių, kurie dėl jo negavo vietų. Taigi jų balsavimas *Weber* byloje dera su jų balsavimu *Bakke* byloje, net jei tariame, jog jų balsavimas *Weber* byloje buvo pagrįstas antruoju – sėkmingesniu – Brennano argumentu. Penktasis teisėjas iš tų, kurie sudarė daugumą, buvo teisėjas Stewartas, ir šis faktas, mano galva, yra gana iškalbingas.

Bakke bylos sprendimas buvo neryžtingas, nes keturi teisėjai, kurie buvo tos nuomonės, jog Deiviso planas yra nelegalus pagal VII Civilinių teisių akto skyrių, neišreiškė jokios nuomonės dėl to, ar jis buvo nekonstitucinis, taigi jokios aiškios nuomonės pamatiniu klausimu: moraliniu afirmatyviojo veiksmo teisingumo klausimu. Stewartas buvo vienas iš šių teisėjų, ir jo dabartinis balsavimas su dauguma *Weber* byloje yra ypač svarbus, jeigu jis išties signalizuoja tai, jog jis pripažino antrąjį Brennano argumentą, nes tai įrodytų aiškią daugumą, remiančią principą, kad afirmatyvusis tos rūšies veiksmas, kuris buvo naudojamas *Weber* byloje nagrinėtu atveju – rasiškai sąmoningas politinis kursas, nukreiptas į rasinės lygybės didinimą ir į tai, kad niekas nebūtų pasmerktas skriaudai dėl to, kad yra nemėgstama jo ar jos rasė, – nepažeidžia niekieno politinių teisių.

Šį argumentą formuluoju atsargiai, nes mano argumentacija nesuteikia jokio tvirto pamato prognozėms apie ateityje spręsimas afirmatyviojo veiksmo bylas. Stewartas galėjo prisidėti prie daugumos dėl to, kad pripažino kokį nors argumentą apie legislatyvinį ketinimą, tokį kaip Brennano pirmasis argumentas. Šiaip ar taip, daugumos nuomonė, prie kurios prisidėjo Stewartas, yra rūpestingai apribota įvairiais atžvilgiais. Pavyzdžiui, ji pabrėžia, jog Kaiserio planas apsiribojo rasinės pusiausvyros užtikrinimu, o ne siekė taip pat išlaikyti tą pusiasuvyrą, ir nors šis atskyrimas yra nerelevantiškas moralinio principo požiūriu, jis gali būti naudojamas apriboti to sprendimo padarinius ateityje.

Be to, ta nuomonė pabrėžia, jog tai tik vieno Civilinių teisių akto skyriaus interpretacija ir tuo nieko nepasakoma jokiu konstituciniu klausimu. Nepaisant to, konstitucinės teisės plėtojimąsi reguliuoja veikiau latentiški moraliniai principai, kuriuos suponuoja geras Aukš-

čiausiojo teismo sprendimų pateisinimas nei labiau techniniai argumentai ir apribojimai, išdėstyti atskirose nuomonėse, ir šitai ypač pasakytina tuomet, kai, kaip kad *Weber* byloje, šie labiau techniniai argumentai neatlaiko kruopščios analizės. Teismo sprendimas *Weber* byloje yra nepaprastai svarbus, ir ne tik dėl to, kad jis įgalino vertingų programų, plėtojamų privačia iniciatyva, progresą. Nepaisant visų apdairių to sprendimo apribojimų, ši byla žymi dar vieną žingsnį teismo pastangų išplėtoti naują koncepciją, aiškinančią, ko reikalauja lygybė siekiant rasinio teisingumo, istorijoje. Žvelgiant iš laiko perspektyvos, tas žingsnis atrodys svarbesnis nei neryžtingas Aukščiausiojo teismo trypčiojimas *Bakke* byloje.

ŠEŠTA DALIS

CENZŪRA IR LAISVA SPAUDA

17. Ar mes turime teisę į pornografiją?*

TIKSLAI

Williamso strategija

Liberalioji teorija nuo seno sprendžia problemą, kokiu mastu žmonės turėtų turėti teisę blogai elgtis. Liberalai tvirtina, jog žmonės turi juridinę teisę sakyti, ką nori, politinės ar socialinės kontroversijos klausimais. Tačiau ar jie turėtų būti laisvi, pavyzdžiui, kurstyti rasinę neapykantą? Britų ir amerikiečių teisė šiandien pateikia skirtingus atsakymus į šį konkretų klausimą. Jungtinės Karalystės rasinių santykių įstatymas skelbia nusikalstamu dalyku neigiamos nuostatos rasės atžvilgiu propagavimą, tačiau Pirmoji Jungtinių Valstijų Konstitucijos pataisa draudžia Kongresui ar bet kuriai iš valstijų priimti bet kokį šitokį įstatymą.

Pornografija įvairiomis formomis yra dar vienas tos pačios problemos pavyzdys. Dauguma žmonių abiejose šalyse atiduotų pirmenybę (arba bent jau atrodo, kad taip būtų) „seksualiai atvirų" knygų, žurnalų, fotografijų ir filmų konkrečiai cenzūrai, jei ir ne tiesioginiam draudimui, ir į šią daugumą įeina svarus skaičius tų, kurie patys yra tos pornografijos, kurią siūlo rinka, vartotojai. (Sudėtingai sekso psichologijai savybinga tai, jog daugelis iš tų, kurie turi nusistovėjusį polinkį obsceniškiems dalykams, laikosi griežtos nuostatos, kad, pavyzdžiui, jų vaikai neturėtų turėti panašaus polinkio.) Jeigu tariame, jog dauguma yra teisi ir kad žmonės, kurie publikuoja ir vartoja pornografiją, elgiasi blogai ar bent jau demonstruoja blogą būdą, ar jie, nepaisant to, turėtų turėti juridinę teisę tai daryti?

* Pastaba. Pirmą kartą publikuota *Oxford Journal of Legal Studies,* 1: 177–212 (Summer 1981). © Ronald Dworkin.

Kai kurie teisininkai ir politikos filosofai traktuoja pornografijos problemą tik kaip pirmosios mano paminėtos problemos atvejį – laisvės išsakyti nepopuliarias ar nesveikas mintis. Tačiau į šį teiginį turime žvelgti įtariai, nes stipriausi argumentai už leidimą publikuoti *Mein Kampf* vargu ar gali būti pritaikyti romano *Whips Incorporated* publikavimui arba filmo *Sex Kittens* rodymui ginti. Mano galva, iš nieko neatimama lygaus balso galimybė politiniame procese, kad ir kaip plačiai suvokiamame, kai jam uždraudžiama platinti lyties organų nuotraukas plačiajai visuomenei, arba neatimama teisė išklausyti argumento, kai jam uždraudžiama žiūrėti šias nuotraukas laisvalaikiu. Jeigu mes manome, kad yra neteisinga cenzūruoti šias pornografijos formas, tai turėtume pamėginti rasti pateisinimą tai nuomonei kitur, ne literatūroje, garbinančioje žodžio ir spaudos laisvę.

Turėtume apsvarstyti dvi gana skirtingas strategijas, kurios, būtų galima manyti, pateisina nedraudimo nuostatą. Anot pirmosios argumentų, net jeigu pornografijos publikavimas ir vartojimas pats savaime yra žalingas bendruomenei kaip visumai, dėl mėginimų cenzūruoti ar kitaip drausti pornografiją būtų – ilgalaikėje perspektyvoje – dar blogiau. Šią strategiją vadinsiu „tikslu grindžiama“ (*goal-based*) strategija. Anot antrosios argumentų, net jei pornografija ir blogina bendruomenės gyvenimą, kad ir labai ilgalaikėje perspektyvoje, vis tiek neteisinga ją cenzūruoti ar varžyti, nes tai pažeidžia individualias moralines ar politines teises piliečių, kurie piktinasi cenzūra. Šią strategiją vadinsiu „teisėmis grindžiama“ strategija.

Kuria iš šių strategijų – jei išvis kuria nors – vadovaujasi 1979 metų Nepadorumo ir vaizdinės medžiagos cenzūros reikalų komiteto ataskaita[149] (Williamso ataskaita)? Ši Ataskaita rekomenduoja radikaliai peržiūrėti esamą nepadorumą reguliuojančią teisę ir į naujos savo siūlomos teisinės schemos centrą iškelia svarbią perskyrą. Tam tikros pornografijos formos turi būti visiškai uždraustos. Tarp jų – gyvai atliekamos sekso programos (gyvai auditorijos akivaizdoje atliekamas tikras, o ne tik simuliuojamas lytinis aktas, oralinis seksas ir panašūs veiksmai) ir filmus bei nuotraukas, sukurtus išnaudojant vaikus. Kitos pornografijos formos turi būti ne uždraustos, o įvairiais

būdais varžomos. Tarp tokių suvaržymų – normos, reguliuojančios užgaulų eksponavimą arba reklamą viešose vietose, prekybos pornografija ribojimas, leidžiant ja prekiauti tik specialiose parduotuvėse, taip pat detali filmų išankstinių peržiūrų ir leidimo išdavimo tvarka. Vėliau svarstysiu, ar visas šias pagirtinai aiškias rekomendacijas galima nuosekliai pateisinti. Pirma noriu identifikuoti pateisinimą, kurį siūlo pati Ataskaita.

Ji išdėsto ir pritaria tam, ką vadina žalos sąlyga (*the harm condition*) – sąlyga, jog „joks elgesys negali būti represuojamas teisės būdu, jeigu negalima parodyti, kad jis kam nors daro žalą". Ji pažymi šios sąlygos populiarumą, tačiau taikliai priduria, jog šios sąlygos populiarumas arba galia išnyksta, kai ją padarome ne tokią ambicingą. Viskas priklauso nuo to, kaip suprantama „žala". Jeigu „žala" apima tik tiesioginę fizinę žalą, padarytą konkretiems žmonėms, arba tiesioginę žalą jų nuosavybei ar finansiniams interesams, tai ši sąlyga yra gerokai per griežta, nes ji pasmerktų didelę esamos britų ir amerikiečių teisės dalį. Ji draustų reguliuoti komercinę plėtrą tam tikrose miestų dalyse arba varžyti privatų gamtos teritorijų, tokių kaip jūros pakrantė, naudojimą. Beveik kiekvienas atmestų šitaip interpretuojamą žalos sąlygą. Tačiau jeigu „žala" suvokiama plačiau, taip, kad apimtų mentalinę kančią arba papiktinamąjį poveikį, tai ta sąlyga tampa pernelyg silpna, kad būtų kiek nors pravarti politinėje teorijoje, nes bet kokios rūšies elgesys, kuris, galima tikėtis, bus kriminalizuotas bent jau demokratijos sąlygomis, yra elgesys, kuris ką nors papiktina arba sukelia dvasinę kančią. Tarkime, jog „žala" suprantama kaip neapimanti mentalinės kančios, tačiau apimanti žalą bendrai socialinei ir kultūrinei aplinkai. Tuomet žalos sąlyga pati savaime neteikia jokios pagalbos svarstant pornografijos problemą, nes pornografijos oponentai argumentuoja, gana stipriai, jog nevaržomas nešvankybių plitimas išties daro žalą bendrajai kultūrinei aplinkai.

Taigi žalos sąlyga pati savaime nerekomenduoja nedraudimo nuostatos pornografijos atžvilgiu, išskyrus ta jos forma, kuri yra pernelyg griežta, kad ją būtų galima pripažinti, ir Ataskaita teikia mažai svorio

tai sąlygai. Vietoj to jos argumentacija prasideda specialia ir patrauklia teorija apie bendrą laisvos saviraiškos vertę. Johnas Stuartas Millis savo traktate *Apie laisvę* (On Liberty) įtaigavo, jog daugiausia šansų rasti tiesą – ne tik moksle, bet ir tiesą apie geriausias sąlygas žmogaus klestėjimui – visuomenė turi tuomet, kai toleruoja laisvą idėjų rinką. Ataskaita atmeta optimistines (jei nesakytume – savikliovos padiktuotas) Millio idėjas apie sąlygas, palankiausias rasti tiesą. Tačiau ji vis dėlto pripažįsta tam tikrą poziciją, artimą Millio pozicijai, štai šiame svarbiame fragmente:

> Labiau pamatinė idėja, su kuria Millis susiejo rinkos modelį, tebėra teisinga ir gili idėja: jog mes iš anksto nežinome, kokie socialiniai, moraliniai ar intelektualiniai procesai pasirodys esą galimi, būtini ar pageidaujami žmonėms ir jų ateičiai, o laisva saviraiška, intelektualinė ir meninė – dalykas, kuriam gali būti reikalingas skatinimas ir apsauga, ne tik paprastas leidimas, – yra esminės reikšmės žmogaus raidai kaip procesas, kuris ne tik vyksta (vienokia ar kitokia forma jis šiaip ar taip vyks), bet, kiek tai įmanoma, yra racionaliai suprantamas. Be to, ji jam turi esminę reikšmę ne tik kaip priemonė, bet kaip jo dalis. Kadangi žmonės nėra tik savo istorijos objektai, bet turi ambiciją ją sąmoningai suvokti, žmogiškųjų individų, visuomenės ir žmonijos apskritai raida yra procesas, kuris pats iš dalies yra esmingai konstituojamas laisvos saviraiškos ir žmonių bendravimo apykaitos.[150]

Šis laisvos saviraiškos vertės aiškinimas reikalauja kokio nors papildymo, kad galėtų suteikti pateisinimą didžiumai šių dienų pornografijos, mat tai, kas siūloma Soho ir Aštuntojoje aveniu – stambūs pikantiški planai ir *Už žaliųjų durų* (Beyond the Green Door) – akivaizdžiai nėra pozicijų apie pageidaujamą žmogaus raidą raiška. Ataskaita tokį papildymą randa slydimo nuokalnėn (*the slippery slope*) topologijoje.[151] Sunku, jei ne neįmanoma, rasti tokią žodžių formą, dėl kurios galėtume būti tikri, kad praktikoje ji atskirs nevertingą šlamštą nuo potencialiai vertingos kūrybos. Bet kokios formos

žodžiai bus administruojami prokurorų, prisiekusiųjų ir teisėjų, turinčių savų išankstinių neigiamų nuostatų ir vedamų naujovių meilės ar baimės ir, kalbant apie prokurorus, komfortiško jausmo, kurį teikia politiniai konformizmo privalumai. Bet kuriuo atveju rašytojai ir leidėjai, trokštantys išvengti rizikos ir problemų, praktikuos savicenzūrą, iš perdėto atsargumo, ir patys sugriežtins suvaržymus, nurodomus bet kokių žodžių, kuriuos randame. Todėl jeigu pripažįstame bendrą laisvos saviraiškos vertę, turėtume pripažinti prezumpciją, saugančią nuo cenzūros, arba draudimo bet kokios veiklos, kai ta veikla, net ir tik diskutuotinai, išreiškia įsitikinimą apie tai, kaip žmonės turėtų gyventi ar jaustis, arba oponuoja įsigalėjusioms ar populiarioms pažiūroms. Ši prezumpcija neturi būti absoliuti. Ją būtų galima atmesti, pavyzdžiui, kokiu nors būdu parodžius, jog žala, kuria gresia ta veikla, yra rimta, tikėtina ir neginčijamo pobūdžio. Tačiau tai vis dėlto turi būti griežta prezumpcija siekiant apginti ilgalaikės perspektyvos tikslą užtikrinti, nepaisant mūsų nežinojimo, geriausias sąlygas, kokias galime, žmogaus vystymuisi.

Ši bendroji strategija, kurią kartais vadinsiu „Williamso strategija", organizuoja konkretesnius Ataskaitos argumentus ir perskyras. Pavyzdžiui, Komitetas pripažįsta svarbą klausimo, ar tikėtina, jog bendruomenėje cirkuliuojančios pornografijos kiekio padidėjimas produkuos daugiau prievartos arba daugiau bet kurios konkrečios rūšies lytinių nusikaltimų. Jeigu šios rūšies žalą galima įrodyti, tai tą prezumpciją galima atmesti. Tačiau Komitetas nemato jokių įtikinamų šios priežastinės įtakos įrodymų. Ta pačia strategija remiasi lemiamos reikšmės perskyra tarp tiesioginio draudimo ir įvairių pornografijos varžymo formų. Suvaržymas ne taip nuožmiai pakerta pornografijos išgales prisidėti prie idėjų ir pažiūrų apykaitos, nors jis ir pakeis to indėlio pobūdį. Taigi slydimas nuokalnėn nėra tokia jau didelė grėsmė, kai klausimas yra tas, ar tam tikra knyga turėtų būti prekiaujama vien specialiose parduotuvėse, kokia ta grėsmė yra tuomet, kai klausimas yra tas, ar ji apskritai gali būti publikuojama.

Williamso strategija yra tikslu grindžiamos strategijos – kurią anksčiau atskyriau nuo teisėmis grindžiamosios – versija. Tikslo, kurį sie-

kia remti, ji neapibrėžia – kaip galbūt darytų primityvus Benthamo šalininkas – kaip rezultato, kuriuo produkuojamas didžiausias malonumo perviršis skausmo atžvilgiu, ar netgi – kaip apibrėžtų labiau sofistikuotas utilitaristas – galbūt kaip rezultato, kuris įgalina tai, jog didesnis skaičius žmonių turi daugiau to, ką nori turėti. Vietoj to Ataskaita kalba apie žmogaus raidą ir tvirtina, jog kai kurie socialiniai, moraliniai ir intelektualiniai procesai yra labiau „pageidautini" nei kiti. Manau, nerizikuotume labai suklysti, Ataskaitos geriausios visuomenės koncepciją reziumuodami kaip visuomenės, kuri yra pati palankiausia žmonių protingiems sprendimams priimti apie tai, kokį gyvenimą jiems geriausia gyventi ir tuomet klestėti taip gyvenent. Tačiau Williamso strategija pabrėžia svarbią idėją, implikuojamą šio nusakymo. Būtų klaidinga apie socialinius ir politinius sprendimus galvoti kaip apie sprendimus, nukreiptus vien į geriausios visuomenės produkavimą kokiu nors konkrečiu (taigi arbitraliai nustatytu) laiku ateityje, dėl ko dabartinių žmonių aktai ir susilaikymas nuo veiksmų yra tik momentai proceso, kurį reikia vertinti pagal jo instrumentinę vertę produkuojant geriausią visuomenę vėliau. Tai, kaip visuomenė vystosi, savaime yra svarbi tos visuomenės vertės dalis, dabar suvokiamos labiau ilgalaikėje perspektyvoje, kuri apima ir dabartį, ne tik neapibrėžtą ateitį. Konkrečiai, socialinis žmogaus klestėjimo idealų plėtojimas turi būti „sąmoningas" ir „racionaliai suprastas", ir „procesas, kuris pats iš dalies yra esmingai konstituojamas laisvos saviraiškos ir žmonių bendravimo apykaitos". Žmogaus raida turi būti saviugda, antraip jo vertė sukompromituojama iš pat pradžių.

Seksas gyvai

Šitai yra daugeliu atžvilgiu patrauklesnis geros visuomenės vaizdas, nei gali pateikti primityvusis arba rafinuotesnis utilitaristas. Tačiau tai (kaip ir anie ne tokie patrauklūs pavaizdavimai) vis dėlto yra teorija apie tai, kokie rezultatai yra geri, apskritai imant, o ne teorija apie tai, kokios teisės turi būti pripažįstamos net ir ne pačio geriausio

rezultato pripažinimo visumos mastu kaina. Dabar noriu paklausti, ar Ataskaitos patrauklioji tikslu grindžiama teorija pateisina jos rekomendacijas dėl pornografijos. Pradėsiu nuo gana specifiško ir siauro klausimo. Ar Williamso strategija remia rekomendaciją, kad gyvo sekso pasirodymai būtų visiškai uždrausti, o ne tik varžoma jų reklama arba vieta, arba išorinė teatro, kuriame jie vyksta, reklama, arba amžius tų, kurie gali būti įleidžiami? Tuo būdu gyvi pasirodymai, kurių metu demonstruojamas nesuvaidintas seksas, yra traktuojami griežčiau nei gyvi pasirodymai, kurių metu seksas simuliuojamas, arba filmai, kuriuose užfiksuotas tikras seksas. Ar gali tikslu pagrįsta Williamso strategija pagrįsti, kodėl taip yra?

Vietoj įžangos į šį klausimą galėtume sudaryti galimų nevienodo skirtingų pornografijos formų traktavimo pateisinimų sąvadą. Aš darau prielaidą, jog mes neturime jokio gero pagrindo manyti, kad kokia nors iš pornografijos formų, kurias dabar svarstome, pozityviai ir vertingai prisideda prie laisvų idėjų apie žmogaus klestėjimą mainų. (Ataskaita svarsto teiginį, jog kai kurios pornografijos formos prisideda prie tokios apykaitos, ir atrodo jį atmetanti kaip niekus. Ji tik rekomenduoja mums pripažinti prielaidą, jog tam tikra pornografija galėtų padaryti tokį indėlį.) Taigi mes negalime skirtingai traktuoti skirtingų formų remdamiesi savo dabartiniais įsitikinimais, jog pozityvus kai kurių formų indėlis yra didesnis nei kitų, jog, pavyzdžiui, pozityvus filmo *Gili gerklė* (*Deep Throat*) indėlis yra didesnis, nei pagrindinių filmo epizodų reinscenizacija kabarete. Tačiau galbūt diskriminacinį skirtingų pornografijos formų traktavimą pagal Williamso strategiją mes galime pateisinti kokiu nors kitu būdu. Juk jeigu išties manome, jog pornografija apeliuoja į ne tokius patrauklius žmogaus asmenybės aspektus, mes išties galime manyti, jog nevaržomas pornografijos publikavimas ir vartojimas iš tikrųjų yra blogas posūkis žmonijos klestėjime. Galime būti įtikinti Williamso strategijos, jog žala žmogaus raidai galėtų būti dar didesnė, jei visa pornografija būtų uždrausta, nes negalime būti tikri dėl savo pažiūrų į žmogaus klestėjimą, mat nesustabdomo slydimo nuokalnėn argumentas perspėja mus, jog galime uždrausti per daug, taip

pat dėl to, kad bet kuriuo atveju bet koks varžymas tiesiog pats savaime žaloja socialinio vystymosi procesą, nes paverčia tą procesą nebe racionalaus ir valingo pasirinkimo dalyku. Tačiau tai yra iš esmės pusiausvyros išlaikymo klausimas, ir galime būti pasirengę suvaržyti kokią nors pornografijos formą labiau nei kitas, nepaisant šių konkuruojančių Williamso strategijos argumentų, jeigu (1) esame įsitikinę, jog ta forma išties kelia ypatingą asmeninės žalos, siaurai suvokiamos, pavojų arba (2) esame įsitikinę, jog ta forma kelia kokį nors ypatingą kultūrinės taršos pavojų, kuri, mūsų įsitikinimu, padarys daugiau žalos žmonijos klestėjimo perspektyvoms nei kitos formos, arba (3) manome, jog galime geriau apsisaugoti nuo galimo nuslydimo nuokalnėn, uždraudę tą formą; kitaip tariant, jog galime parengti teisės aktą, specialiai taikomą tai formai, aktą, kuris praktinėje plotmėje su atliekomis nepašalins nieko vertinga.

Ataskaita sako, jog gyvo sekso programos skiriasi nuo filmų, nes jos numato žiūrovo „buvimą toje pačioje erdvėje" kaip ir „žmonės, iš tikrųjų atliekantys seksualinius veiksmus". Būtent „iš šio santykio tarp realių žmonių kyla tas ypatingas atgrasumas, kurį daugelis mato gyvo sekso programos idėjoje, ir suvokimas, jog su tuo susijusio vujarizmo pobūdis yra itin žeminantis tiek žiūrovams, tiek atlikėjams"[152]. Pastarąją mintį galima manyti esant dviprasmišką. Ji galėtų reikšti, jog gyvo sekso programų uždraudimą pateisina tai, jog labai daug žmonių prieštarauja, kad kiti atliktų tokius veiksmus arba stebėtų juos atliekančius, jog labai daug kitų žmonių mano, jog šitai yra žeminantis dalykas. Tuo atveju argumentas yra pirmosios rūšies iš tų, kuriuo ką tik išskyrėme: svarstomoji žala yra tiesioginė asmeninė žala mentalinio nukentėjimo ar skausmo forma, patiriamų tų, kurie žino, jog kiti elgiasi žeminamu būdu. Tačiau Ataskaita negali nenusižengdama nuoseklumui apeliuoti į tos rūšies žalą kaip draudimo pateisinimą, nes kitoje vietoje ji atvirai atmeta idėją, jog šios rūšies žala gali būti laikoma paisytina. „Jeigu būtų pripažinta – kaip pamatas priverstinai reguliuoti vieno asmens veiksmus – tai, jog kitus blogai veiktų net mintis apie tokius jo veiksmus, būtų paneigta apskritai bet kokia substantyvi individuali laisvė."[153]

Taigi mes turėtume pasitelkti kitą tų pastabų apie gyvo sekso programas interpretaciją, būtent tą, jog jos turėtų būti uždraustos ne dėl to, kad daug žmonių mano, jog jos yra žeminančios, bet būtent dėl to, kad jos yra žeminančios. Tuomet šitai turi būti suprantama kaip apeliacija į antrąją varžymo pateisinimo rūšį: griežtoji prezumpcija, ginanti saviraiškos laisvę, čia turi nusileisti draudimui, nes kultūrinė tarša, kurią sukeltų gyvo sekso programos, taigi ir kliūtis siekiant geriausių sąlygų žmonijos raidai, yra pernelyg didelė, kad tos programos patektų į Williamso strategijos prezumpcijos saugos lauką. Tačiau gyvo sekso programų išskyrimo pateisinimas šiuo būdu yra labai neįprastas. Mat Ataskaita pabrėžia, jog gyvo sekso programos bet kuriuo atveju bus tokios retos, adresuotos tokiai ribotai auditorijai ir bus palyginti tokios brangios, jog poveikis, kurį jos galėtų padaryti bendrai aplinkai, turi būti labai mažas, kad ir koks jis būtų – geras ar blogas. Būtų visiškai neįtikėtina, jog gyvos programos sukels didesnį bendro masto kultūrinės taršos pavojų nei išties pernelyg negyvos ir slogiai nešvankios nuotraukos ir filmai, kuriuos Ataskaita sankcionuoja, nors ir suvaržo, ir iš kurių kiekvienas gali būti padaugintas ir išplatintas milijonams.

Ar trečiosios rūšies argumentas iš ką tik išvardytųjų čia teikia geresnį argumentą? Ar nuslydimas nuokalnėn yra ne toks realus pavojus gyvo sekso atveju? Ataskaita iš tikrųjų sako, jog „mums iš tiesų atrodo, jog tikro sekso demonstravimas scenoje neišvengiamai suponuoja prielaidą, jog motyvai, su kuriais čia turime reikalo, nebeturi nieko bendro su jokia menine ambicija“[154]. Tačiau ši pastaba atrodo neapgalvota. Nesu girdėjęs apie jokią rimtą sceninę prezentaciją, kuri naudotų „tikrą seksą“. Tačiau šitaip yra, be savaime suprantamų aktorių radimo problemų, dėl to, kad tai dabarties sąlygomis nebūtų leista. Be abejo, rimtoje teatrinėje kūryboje, kaip pripažįsta Ataskaita, naudojamas simuliuojamas seksas, ir vargu ar galima tvirtinti, jog aistra realizmui scenoje nedera su „menine pretenzija“. Ištisa scenos meno teorijos mokykla teigia kaip tik priešingai. Vienoje vietoje Ataskaita – iš visko sprendžiant, tai teikdama kaip argumentą už draudimą – pažymi, jog „gyvas šou yra dabarties reiškinys, kurio

likimas ateityje nežinomas, ir žiūrovai gali padaryti įtaką šiam procesui arba galėtų jame dalyvauti"[155]. Tačiau ši frazė galėtų būti ir ištrauka iš esė apie Arthault arba Genet, arba netgi Brechto, arba daugybės kitų ambicingų dramaturgų siekius, ir bet kuris režisierius, kuris būtų visiškai abejingas šiai teatro koncepcijai, greičiausiai būtų nuobodus amatininkas. Slydimo nuokalnėn argumentas atrodo ypač stiprus – o ne labai silpnas – gyvo sekso scenoje atveju. Tebeegzistuojantis kategoriškas tikro lytinio akto scenoje draudimas neabejotinai riboja sceninės kūrybos galimybes gilintis į santykį tarp meno ir tabu; ir prielaida, jog gyvo sekso rimtame teatre pasekmės yra ir galimos numatyti, ir labai blogos, mano galva, išduoda ne ką kita kaip pretenziją į visažinystę, kurią smerkia Williamso strategija. Čia mano tikslas yra ne sugestijuoti, jog draudimas turėtų būti sušvelnintas, o tik kad Ataskaitos strategija nesuteikia jokio visiškai aiškaus ar labai efektyvaus argumento, kodėl jis neturėtų būti sušvelnintas.

Kam varžyti?

Turime nepriskaldyti per daug malkų iš Atasakaitos patiriamų keblumų siekiant atsikratyti gyvo sekso programų. Nors Ataskaita yra iškilus politinės argumentacijos pavyzdys, tai vis dėlto yra politinė argumentacija, tiek ta prasme, jog ji viliasi paskatinsianti įstatymų leidybą, tiek kita prasme – jog ji yra kolektyvinis daugelio žmonių, turinčių skirtingą požiūrį, produktas. Galbūt Komiteto nariai jautė, kad gyvo sekso programos, net suvaržyta forma, yra netoleruotinos, nesvarbu, ar argumentai jas drausti geri, ar ne. Tačiau šis momentas yra svarbus, nes jis iliustruoja didelę skirtingų prielaidų, glūdinčių Williamso strategijoje, galią ir tai, kaip sunku pateisinti – tos strategijos ribose – bet kokią išimtį nedraudimo strategijos, kurią ji apskritai rekomenduoja.

Todėl turėtume perkelti dėmesį į daug svarbesnę Ataskaitos rekomendacijų dalį, būtent jos daromą perskyrą tarp pornografijos suvaržymo ir uždraudimo. Jeigu Williamso strategija pasisako prieš

tiesioginį fotografinių vaizdų ir filmų draudimą, išskyrus kai kuriuos labai specifinius atvejus, ar ji gali išlikdama nuosekli pripažinti suvaržymus, kuriuos rekomenduoja Ataskaita? Ataskaita pateikia įvairių argumentų, besisiūlančių kaip tos perskyros pateisinimas. Šie argumentai pasidaliję į grupes, labai panašias į tas skirtingas argumentų rūšis, kuriuos laikėme pateisinančiais ypatingą gyvo sekso programų traktavimą. Pavyzdžiui, pagrįsdama suvaržymus, kuriuos ragina taikyti viešam pornografijos eksponavimui ir reklamai, ji teigia, (1) jog asmeninė žala, padaroma tokio eksponavimo, yra daug didesnė nei žala, daroma tik privataus vartojimo, (2) jog kultūrinė tarša taip pat yra didesnė ir (3) jog pavojus nuslysti nuokalnėn yra ne toks realus suvaržymo atveju, nes jeigu tikrai vertinga medžiaga yra sulaikoma suvaržymo, jai vis dar leidžiama patekti į idėjų apykaitą pakankamai efektyviu būdu. Turime pažvelgti į kiekvieną iš šių teiginių; aš juos svarstysiu atvirkščia tvarka.

Grįsdama paskutinįjį iš šių teiginių, Ataskaita teigia, jog pornografinių publikacijų varžymas, padarant jas prieinamas tik savanorių auditorijai, nežlugdo publikavimo tikslų, kurie gal skiriasi nuo produkto autoriaus tikslų, pelnančio galbūt mažiau pinigų. Tačiau ši personifikacija remiasi labai siauru požiūriu į publikavimo tikslus – požiūriu, kurį nelengva suderinti su Williamso strategija. Tos strategijos požiūriu, pabrėžiančiu indėlį, kuriuo toji išraiškos forma gali prisidėti prie reflektyvios naujų socialinės ir kultūrinės praktikos galimybių paieškos, būdas, kuriuo pornografija yra pateikiama publikai, gali būti toks pat svarbus kaip ir jos turinys. Nors pornografija pati gali nebūti meno forma (Ataskaita turi ką pasakyti šiuo problemišku klausimu), ši analogija čia yra tinkama. Kai Duchampas pakabino pisuarą ant meno galerijos sienos, tai buvo pareiškimas apie meno esmę – pareiškimas, kuriam buvo lemta duoti darbo kritikams daugeliui metų, – to jis nebūtų galėjęs padaryti, pasikviesdamas savanorių auditoriją apžiūrėti to paties objekto viešajame tualete. Pats jo pateikimo būdas, be abejonės, buvo jo pranešimas (*message*). Jeigu paisome vien tiesioginės pornografijos paskirties ir ta paskirtimi laikome pasitenkinimą tų, kurie nusiteikę susidurti su problemomis

ir rizikuoti patekti į keblias situacijas, kad jį užsitikrintų, tai publikavimo varžymas gali pasitarnauti tam tikslui. Tačiau jeigu mums rūpi – o pasak Williamso strategijos, tai mums ir turėtų rūpėti, – publikavimo pasekmės gyvenimo formų tyrimams, tai publikavimo varžymas nėra tiesiog kiekybiškai menkesnio masto publikavimas. Tai kažko kito publikavimas. Publikavimo suvaržymas palieka tam tikrą hipotezę visiškai nepateiktą: hipotezę, jog seksas turėtų įžengti į visus viešosios kultūros lygmenis tokiu pačiu statusu kaip muilo operų meilės istorijos arba kino šlamštas, pavyzdžiui, ir atlikti tą vaidmenį kasdieniame gyvenime, kurį jis tuomet atliktų. Gali egzistuoti geras pagrindas neleisti šios hipotezės pristatyti pačiu natūraliausiu ir efektyviausiu būdu. Tačiau tai negali būti dabar teikiamas pagrindimas, jog tie, kurie jau yra tam pasiryžę, negali skųstis, jeigu jų pačių reikmės yra (galbūt ir nepatogiu būdu) patenkintos.

Gal daugiau jėgos yra antrosios rūšies argumente, jog nors kultūrinės taršos grėsmė nėra pakankamai didelė, kad pateisintų draudimą, ji vis dėlto yra pakankamai didelė, kad pateisintų suvaržymą? Šis argumentas glūdi, mano manymu, štai šiose Ataskaitos pastabose:

> Viena liudininkė, kurios išklausėme, aiškiai pasakė, jog ji įsivaizduoja visuomenę, kurioje niekas iš to, ką buvo galima išvysti vykstant parke, nestebintų labiau nei kuris nors kitas dalykas, išskyrus galbūt ta prasme, jog tai būtų ne toks tikėtinas dalykas. Dauguma iš mūsų abejoja, ar ta diena išauš arba kad niekas nebūtų prarasta, jeigu ji išaušty. Dar sunkiau įsivaizduoti, jog pasaulis pasikeis taip, kad seksualiniai veiksmai ne tik būtų laisvai atliekami viešumoje ir galėtų būti stebimi, bet ir būtų siūloma juos stebėti, lytinį aktą atliekančioms šalims skatinant praeivio domėjimąsi. Tačiau ne ką kita kaip tai galiausiai ir daro viešai eksponuojama pornografija ... Pamatinis argumentas, jog pornografija iš prigimties numato kokį nors ribų tarp viešumo ir privatumo peržengimą, tampa dar dramatiškesnis, kai pornografija ne tik yra prieinama privačiam vartojimui, bet ir yra viešai eksponuojama.[156]

„Pamatinis argumentas“, minimas šiame paskutiniame sakinyje, daro prielaidą, jog viešas eksponavimas graso sugriauti kultūriškai svarbią perskyrą tarp viešų ir privačių veiksmų. Tačiau šis teiginys atrodo persūdytas. Tiksliau būtų sakyti, jog viešas pornografijos eksponavimas naudojasi ta perskyra – tai, kas eksponuojama, nebūtų šokiruojantis arba patrauklus dalykas (tiems, kurie galėtų manyti jį tokį esant) nesant tos perskyros, – tačiau pridurtina, kad jis ja naudojasi tokiu būdu, kuris galėtų (arba galėtų ne) perstumdyti ribas, kad žmonės, pripratę prie (galbūt turėtume sakyti – užgrūdinti) viešo lytinių santykių vaizdų eksponavimo, nebemanytų, jog toks eksponavimas yra absoliučiai nepriimtinas viešajai erdvei. Iš to nedarytina išvada, jog jeigu ribos būtų šiuo būdu perstumtos, jos būtų toliau perbraižomos taip, kad žmonių požiūris būtų toks pat ir į lytinį aktą atvirose parkų erdvėse. Pati ataskaita, kaip pažymėjome, atkakliai tvirtina ypatingą gyvo sekso pobūdį būtent dėl to, kad buvimas „toje pačioje erdvėje“ kaip ir žmonės, tuo metu gyvai atliekantys lytinį aktą, yra visai kas kita nei tokių žmonių atvaizdų žiūrėjimas. Tačiau tarkime, jog viešas nuotraukų eksponavimas artins tą dieną, kai ribos bus toliau perdėstomos taip, kad pats lytinis santykiavimas taptų viešesniu užsiėmimu, nei yra dabar. Šitai nereiškia, kad išnyktų pati perskyra tarp viešumo ir privatumo, kuri neabejotinai yra didžiulės kultūrinės svarbos. Mes buvome didelių šių ribų perkilnojimų liudininkai net pastaraisiais metais. Žmonės dabar valgo viešose gatvėse, bučiuojasi ir glamonėjasi viešumoje ir žaidžia nuogi bent jau kai kuriuose viešuosiuose paplūdimiuose, o šios veiklos dar neseniai buvo daug griežčiau priskirtos privačiai erdvei. Ribos, kurias kultūra nustato tam, kas yra vieša, tuo pačiu laikotarpiu kitais atžvilgiais pasidarė ankštesnės: pavyzdžiui, žmonės dabar daug rečiau nei kadaise meldžiasi viešumoje, nes pažiūra, kad malda yra labiau privatus nei viešas veiksmas, kurio vieta – namai arba specialios maldos vietos, yra daug plačiau pripažįstama. Žinoma, viešosios erdvės matmenis ir kontūrus dera laikyti pavyzdžiais paremto dialogo apie žmonijos raidos galimybes dalyku, dialogo, kurį nori apsaugoti Williamso strategija. Pamatinės

perskyros gajumui ir pobūdžiui, pamatinei idėjai, jog turi egzistuoti privati erdvė, didesnę grėsmę kelia bet koks teisiškai diegiamas ribų komplekso užšaldymas bet kokiu konkrečiu laiku, nei leidimas išraiškos formų rinkai nuolat peržiūrėti ir iš naujo nubrėžti tas ribas. Komitetas sako, kad jis nenorėtų regėti pasaulio, kuriame privatumo kontūrai yra nustatomi būtent šiuo būdu, kurį jis aprašo ir dėl kurio baiminasi. Tačiau tai, regis, yra būtent tos rūšies nuomonė, kurią, anot Williamso strategijos argumentacijos, dera traktuoti su pagarbiu skepticizmu. Nėra akivaizdu, kodėl ji vertesnė būti įgyvendinta teisiniu keliu nei nuomonė kitų, kurie baiminasi pasaulio, kuriame jų vaikai bus laisvi privačiai fantazuoti su obsceniškomis nuotraukomis.

Kaip dėl pirmosios rūšies pagrindimo, kuris gali paremti svarbiausią perskyrą tarp draudimo ir varžymo? Šis remiasi didesne asmenine žala. Ataskaita teigia, jog jeigu pornografija nebūtų varžoma tuo būdu, kurį Ataskaita siūlo, tai asmeninė žala, kurią ji padarytų, būtų daug didesnė arba tokio pobūdžio, kad teisė jos turėtų labiau paisyti, negu asmeninė žala, kurią darytų suvaržyta ir iš esmės privačiu užsiėmimu paversta pornografija. Jeigu taip sakyti teisinga, tai šitai galėtų išties suteikti argumentą už suvaržymą – argumentą, kuris netinka visiškam uždraudimui. Jeigu galima parodyti, jog viešas pornografijos eksponavimas, pavyzdžiui, reklaminių skelbimų forma, daro ypatingą arba didelę žalą praeiviui, tai nors Williamso strategijos prezumpcija yra pakankamai stipri, kad apgintų draudimo argumentus, ji gali neatsilaikyti prieš teiginius, ginančius varžymą. Tačiau kokia yra ši ypatinga ar rimta žala, kurią gali padaryti viešas pornografijos eksponavimas? Tai ne smurtinio išpuolio ar seksualinio išnaudojimo pavojus. Ataskaita atmeta jai pasiūlytą įrodymą, anot kurio net ir tuomet, kai pornografija nevaržoma, tokių nusikaltimų skaičiaus išaugimas geriausiu atveju tėra nieko neįrodantis faktas. Rūpimoji žala veikiau yra tos rūšies, kurią sugestijuoja Ataskaitos pasirinktas žodis: „užgaulumas“ (*offensiveness*).

Verta dar kartą pacituoti aiškią ir glaustą pačios Ataskaitos kalbą:

> Įstatymai, nukreipti prieš viešą seksą, apskritai būtų laikomi suderinami su žalos sąlyga ta prasme, jog jeigu visuomenės nariai yra prislėgti, patiria moralinę kančią, pasibjaurėjimą, pasipiktinimą arba susierzinimą matydami tam tikros klasės aktus, tai šitai yra tas atžvilgis, kuriuo viešas tų aktų atlikimas daro žalą jų interesams ir jiems suteikia pagrindą nesutikti ... Viešai eksponuojamos pornografijos užgaulumo jausmas mums atrodo ... deras su tradiciškai pripažintomis normomis, saugančiomis viešojo padorumo interesą. Todėl atviro prekiavimo šiomis publikacijomis varžymas ir analogiški potvarkiai dėl filmų mums atrodo pateisinami ... Tačiau jeigu šia kryptimi einama iki galo, bus prieita situacija, kai žmonės nenorėtų net žinoti, jog pornografija yra privačiai skaitoma; o jeigu pamatu taikyti teisinę prievartą vieno asmens veiksmams būtų pripažįstama tai, jog kitus prislėgtų net mintis apie šiuos jo atliekamus veiksmus, būtų paneigta apskritai bet kokia reali laisvė. Bet kokia užgaulė, patirta dėl tokių parduotuvių, būtų akivaizdžiai ne tokia stipri, tiesioginė ir rimta negu ta, kuri būtų patirta dėl publikacijų eksponavimo, ir mes nesutinkame, kad jos reikšmingumas galėtų nusverti teises tų, kurie išties nori matyti tas publikacijas, arba, bendriau imant, – nusvertų argumentą, jog pornografiją reikia varžyti, o ne drausti.[157]

Paskutinis sakinys, jeigu aš jį teisingai suprantu, kelia vieną nuo kitų besiskiriantį argumentą, būtent tą, jog pasibjaurėjimo jausmas ar kitoks tikėtinas užgaulus poveikis žmonėms, kuriuos neigiamai veikia tiesiog žinojimas, kad pornografija egzistuoja, bus „ne toks stiprus, tiesioginis ir rimtas“ kaip bjaurėjimasis, keliamas tiesiogiai susidūrus su nepadorių veiksmų eksponavimu. Tačiau tai toli gražu neatrodo akivaizdu, ypač jei atsižvelgiame į tai, koks skaičius žmonių gali patirti šias skirtingas skriaudas. Viskas priklauso, žinoma, nuo to, kokį viešo sekso eksponavimo mastą pakeltų rinka ir kokias vietas rinka skirtų tam eksponavimui, jei pornografija būtų visiškai nesuvaržyta. Tačiau jei pravarčiu modeliu laikome esamą situaciją Niujorko mieste, tai tik labai maža dalis Britanijos gyventojų būtų

priversti dažnai matyti viešai eksponuojamą seksą, jeigu jis būtų galimas, arba dėti pastangas, kad savo gyvenimą priderintų prie aplinkos taip, kad visiškai su juo nesusidurtų. Be abejonės, daug didesnei už šią gyventojų daliai didelį nepasitenkinimą keltų tiesiog pats faktas, kad egzistuoja viešas pornografijos eksponavimas, nors ir ne ten, kur jiems įprasta lankytis; tačiau tai būtų atvejis, kai slegia žinojimas, ką kiti daro, o ne tų veiksmų reginys. Net jeigu mano spėjimas yra neteisingas (o taip tikrai galėtų būti) ir nepageidautinos susidūrimo su pornografija situacijos išties būtų didžiausias mentalinės kančios šaltinis visuomenėje, kuri leistų pornografijai nevaržomai plėtotis, vargu ar taip akivaizdžiai ir taip užtikrintai galima numatyti, kad šitai galėtų pateisinti esminę Ataskaitos perskyrą, neturint daug daugiau empirinių įrodymų.

Tačiau toliau plėtoti šią argumentaciją neteisinga, nes Ataskaita aiškiai skiria daugiau svorio ankstesniam argumentui, jog moralinės kančios tų, kuriems kelia pasibjaurėjimą tiesiog žinojimas, jog pornografija egzistuoja, iš viso neturėtų būti paisoma jokioje visa apimančioje pornografijos daromos asmeninės žalos kalkuliacijoje. Tačiau kodėl jos neturėtų būti paisoma? Ataskaita tepasako, kad jeigu šios rūšies žalą būtų leidžiama laikyti paisytina, būtų paneigta bet kokia individuali laisvė. Išties galėtume paklausti, kodėl, jeigu ši pastaba prasminga, joje pasisakoma tik prieš tai, kad būtų paisoma bjaurėjimosi žalos, kylančios tiesiog vien dėl žinojimo apie tai, ką manoma esant pasibjaurėtina. Kodėl vietoj to nepasisakoma prieš tai, kad būtų paisoma visokios bjaurėjimosi žalos apskritai, įskaitant bjaurėjimosi žalą, padaromą netarpiško tariamai pasibjaurėtino akto matymo? Atrodo, argumentas čia tas, jog turime paisyti ne visokios bjaurėjimosi keliamos žalos; tačiau šitai niekaip nepateisina, kodėl ribai tarp to, ko reikia paisyti, ir to, ko nereikia paisyti, nubrėžti Ataskaita pasirinko šį konkretų tašką.

Tačiau aš nenagrinėsiu ir šio klausimo, nes negaliu įžvelgti Ataskaitos pradinio teiginio prasmės. Žinoma, individuali laisvė būtų labai suvaržyta, jeigu niekam nebūtų leidžiama daryti nieko, ką kuris nors pavienis kitas asmuo mano esant užgaulu. Tačiau dabar svarstoma

prielaida, kuri, Komiteto įsitikinimu, paneigtų „bet kokią realią laisvę“, yra daug silpnesnė nei tai.[158] Prielaida tėra ta, jog pasibjaurėjimas, kurį pajunta žmonės, sužinoję, jog kiti daro tai, ką jie laiko užgauliu, turėtų figūruoti greta kitų mentalinės ir fizinės kančios rūšių kalkuliacijoje, ar reikia atsisakyti laisvę saugančios prezumpcijos. Taigi klausimas yra tas, ar žala tiems, kurie jaučiasi užgauti, nusvertų norą visų tų, kurie nori daryti tai, kas anuos žeistų. Jeigu tik vienas ar keli žmonės pasijuto užgauti, pavojus būtų nedidelis. Kitaip būtų tuomet, kai didelė dauguma kokius nors veiksmus manytų esant pasibjaurėtinus. Tačiau tai, ar daugumos pasipiktinimas tuomet paliktų daug erdvės realiai individualiai laisvei, priklausys nuo to, ką ta dauguma mano esant skandalinga. Jeigu dauguma mano esant pasibjaurėtina tai, jog kas nors praktikuoja kitokią religiją nei oficialioji religija, tai laisvė būtų pažeista tokiu būdu, kurį turime nepriklausomų motyvų laikyti šiurkščiu. (Todėl kalbame apie teisę į religijos laisvę.) Tačiau tarkime, jog dauguma laiko pasibjaurėtinu dalyku tiesiog tai, kad žmonės privačiai skaito ir žiūri pornografiją. Slydimo nuokalnėn argumentas kreipia mūsų dėmesį į tai, jog jeigu daugumai leidžiama tvarkytis kaip tinkamai, individams galėtų būti neleidžiama skaityti tam tikrų dalykų, kuriuos jiems būtų naudinga perskaityti. Tačiau net tokiu atveju tikrai būtų faktų požiūriu per smarku sakyti, jog jeigu žmonėms nebūtų leidžiama skaityti iš viso jokios seksualiai atviros literatūros ar žiūrėti tokį meną, jie visiškai prarastų savo laisvę.

Gal Ataskaitos intencija yra pasakyti ne šitai, o ką kita. Gal ji nori pasakyti, jog jeigu būtų priimtas siūlymas žmonėms neleisti daryti to, ką dauguma mano esant didžiai pasibjaurėtina, net privačiai, tai žmonės prarastų savo *teisę* į laisvę – nes jie gali nustoti laikytis nuostatos, kad iš daugumos pusės visuomet neteisinga dėl tos priežasties juos varžyti, – net jei jų realus laisvės nuostolis pasirodytų nesąs labai didelis. Aš sutinku, kad kokia nors tokia teisė yra svarbi (nors ir abejočiau, ar vadinti ją būtent teise į laisvę).[159] Tačiau tai, ar žmonės turi tą teisę, kaip principo dalyką, yra būtent tai, dėl ko čia ginčijamasi. Pavyzdžiui, lordą Devliną, taip pat tikriausiai ir ponią Whitehouse, lordą Longfordą, taip pat kitus apsiskelbusios „Moraliosios

daugumos“ narius, galima suprasti kaip neigiančius teiginį, kad jie turi tą teisę. Bet kuriuo atveju, jeigu būtent kokia nors teisė į laisvę, o ne pati laisvė, čia yra lošimo korta, tai Ataskaita bus nutolusi nuo Williamso strategijos, jei negalima parodyti, jog ta teisė, o ne tik plati erdvė laisvei, yra labai svarbu reflektyviai socialinei raidai. Ataskaita nepateikia argumentų, kodėl taip yra. Kitame skyriuje aiškinsiu, jog ta idėja yra antagonistiška Williamso strategijos tikslu grindžiamam pobūdžiui. Tačiau net jeigu tariame, jog tokią teisę įmanoma išvesti iš tos strategijos, tai vėl iškyla klausimas, kurį prieš akimirką atidėjau į šalį. Jeigu teisė į laisvę yra teisė nepatirti laisvės ribojimo, motyvuojamo tik tuo, jog kitiems kelią pasibjaurėjimą tai, ką siūlote daryti, kodėl ta teisė neapima teisės daryti ką nori viešai, neatsižvelgiant į daugumos galimą užsigavimą tai išvydus? Mano įsitikinimu, tos žalos, kurią patiria dauguma, matydama tai, ką mano esant pasibjaurėtina, subjektyviame pobūdyje neįmanoma įžvelgti nieko, kas galėtų suteikti reikalingą perskyrą. Mat svarstomoji užgaulė nėra tiesiog daugumos estetinio skonio įžeidimas, toks, kokiu žmonės galbūt laikytų rausvai nudažytą namą Belgravijoje. Svarstomasis užgavimas susijęs su moralinių įsitikinimų krūviu, konkrečiai įsitikinimų apie tai, kokių rūšių reginiai viešojoje erdvėje yra nepadorūs, o ne tik verti apgailestavimo, tad žmonės būtų užgauti pornografinio stendo tarp ir šiaip bjaurių ir pigių Piccadilly aikštės ar Times skvero reklamų ir iškabų. Ataskaita nepaaiškina, kodėl leidimas moraliniams įsitikinimams būti paisytiniems šiuo būdu, paisant užgavimo, kurį žmonės dėl savo moralinių įsitikinimų patiria matydami viešą nepadorų eksponavimą, nepažeidžia individualios teisės, kuri vis dėlto pažeidžiama, kai dauguma saugosi nuo užgavimo, galbūt daug skausmingiau, remdamasi savo žinojimu apie tai, kas vyksta už uždarų durų.

Kodėl nedrausti?

Taigi Williamso strategija nepateikia labai įtaigių motyvų pagrįsti tai praktiškai taikomai perskyrai, kurią Ataskaita padaro fundamentalia savo rekomendacijoms – perskyrai tarp draudimo ir varžymo. Tačiau

situacija, mano įsitikinimu, yra dar blogesnė nei šitai, mat nėra tikra net tai, jog strategija suteikia gerą argumentaciją bendrai nedraudimo nuostatai palankioms Ataskaitos rekomendacijoms dėl privataus pornografijos vartojimo. Ši strategija laikosi tolerantiško skepticizmo pažiūros į klausimą, kurie „socialiniai, moraliniai ar intelektualiniai procesai" pasirodys esą „labiausiai pageidautini" žmonijos klestėjimui. Ji reikalauja kažko panašaus į laisvą rinką idėjų raiškos srityje – idėjų apie tai, kokie žmonės turėtų būti ir kaip jie turėtų gyventi, – ne dėl to, kad saviraiškos laisvė yra gėris savaime, bet dėl to, kad ji padaro galimas įvairias hipotezes apie geriausias plėtros kryptis, kurios turi būti formuluojamos ir išbandomos patirtimi. Tačiau ar ši strategija palieka užtenkamai erdvės hipotezei, kuri šiuo metu turi (ar atrodo turinti) daugiausiai šalininkų? Tai hipotezė, jog žmonės vystysis skirtingai ir optimaliai, ir suras pačias tinkamiausias sąlygas savo klestėjimui, jeigu jų teisė kultivuoja taurinantį, o ne žeminantį požiūrį į jų seksualinius veiksmus, drausdama praktikas, net privačias, kurios iš tikrųjų iškreipia ar žaloja seksualinę patirtį. Negalime būti užtikrinti, jog ši hipotezė, kurią vadinsiu teisinio diegimo hipoteze, yra protinga. Daugelis iš mūsų gali manyti, jog ji yra neprotinga. Tačiau ar mes galime būti tuo tikri? Ataskaita kartais daro prielaidą, jog tik tie, kurie „mano, jog fundamentinės žmogaus moralinės tiesos yra suformuluotos nekintamai visiems laikams, pavyzdžiui, religijos tekstuose"[160], norės, kad būtų pripažįstama teisinio diegimo hipotezė. Tačiau aš nesuprantu, kodėl taip turi būti. Tie, kurie teisinio diegimo hipotezę mano esant įtikinamą, gali pasakyti, jog ji išreiškia jų nuoširdžiausią vertinimą, nors, žinoma, jie galėtų būti neteisūs, – kaip ir tie, kurie atmeta hipotezę, turėtų pripažinti, jog jie galbūt neteisūs.

Tarkime, jog mes atsakome, kad draudimas sukausto raiškos formų rinką, taigi teisinio diegimo hipotezė tampa tuo požiūriu, kurį tikrinti neturėtų būti leidžiama, nes tuomet jis taps neprieinamas peržiūrėjimui. Patirtis vargu ar remia šį teiginį, bent jau demokratinėse sistemose atveju. Mat nors nepadorumą reguliuojanti teisė Didžiojoje Britanijoje buvo palyginti represyvi nuo Viktorijos laikų, praktiškai, jei ir ne tekste, ji tolydžio vis liberalėjo, apskritai imant,

dėl ne pačią pornografiją svarstančių politinių debatų apie pornografiją, taip pat dėl veiksmų tų, kurie jaučiasi pakankamai stiprūs dėl tvirto principo pamato arba yra pakankamai godūs, kad pažeistų teisę. Bet kuriuo atveju tai yra komplimentas, kuris lengvai gali susilaukti atsako. Gal visuomenė, atbukusi dėl seksualinės praktikos ir išraiškos formų vienodumo, taptų visuomene, kurioje liberalesnės nuostatos turi mažiau šansų gauti balsą ar būti išgirstos politikoje. Tačiau visuomenė, nusilpusi dėl per didelio leistinumo, atitinkamai yra visuomenė, kurioje yra mažiau tikėtinas viešos ir viešai diegiamos moralės privalumų pripažinimas.

Ši argumentacija teigia ne tai, jog Williamso strategija iš tikrųjų rekomenduoja draudimą; veikiau jis sako, jog ji turėtų būti neutrali draudimo arba nedraudimo alternatyvos atžvilgiu. Skepticizmas dėl žmonėms labiausiai pageidautinų procesų arba dėl labiausiai pageidautinų sąlygų jų klestėjimui neturėtų atmesti tos sąlygų grupės, kurios, didelio žmonių skaičiaus manymu, teikia daugiausiai vilčių. Iš tikrųjų jis rekomenduoja atvirą politinį procesą, nenumatantį, pavyzdžiui, kuriai nors iš pagrindinių baudžiamosios teisės dalių privilegijos nebūti keičiamai. Tačiau tai, kaip aš ką tik pasakiau, nesuteikia daugiau argumentų už nedraudimo nuostatą dabar nei už draudimą dabar. Skepticizmas gal gali suteikti argumentą už pranašumo pripažinimą šiandien vienai, o ne kitai hipotezei, pasitelkus ką nors panašaus į Louiso Brandeiso „penkiasdešimties laboratorijų" teoriją. Šis įžymus teisėjas siūlė, kad skirtingos Jungtinių Valstijų valstijos (ir teritorijos) eksperimentuotų su skirtingais ekonominiais ir socialiniais modeliais, kad lyginant galėtų išaiškėti geriausia sistema. Tačiau jokiai atskirai šaliai, mano galva, dabar nėra reikalo dėl šios priežasties atšaukti pornografijos draudimą. Ir šiaip esama pakankamai eksperimentavimo leistinumo lygio, kurį rekomenduoja Ataskaita, atžvilgiu, jei neminime radikalesnių alternatyvų bandymo kitose šalyse.

Tačiau iki šiol aš ignoravau Williamso strategijos primygtinį reikalavimą, jog kultūrinė raida turi būti sąmoninga ir reflektyvi, kitaip tariant, tai turi būti saviugda. Galima būtų manyti, jog šitai sugesti-

juoja, kad kultūrinė raida turėtų būti produktas individų, savarankiškai sprendžiančių, kokia gyvenimo forma geriausiai atitinka jų būklę, arba, jei šitai skamba pernelyg patetiškai, – koks batas atrodo tinkamo dydžio; taigi jog jis turėtų atmesti teisinio diegimo hipotezę iš pat pradžių. Tačiau sunku suprasti, kodėl neginčijamai patraukli idėja, jog visuomenės vykdomos geriausių salygų savirealizacijai paieškos turi būti reflektyvios ir sąmoningos, reikalauja šios konkrečios individualizmo formos. Mat demokratinėje sistemoje politika yra deramas (kai kas pasakytų – vienintelis deramas) instrumentas, kuriuo žmonės siekia apibrėžti savo situacijos aplinkybes ir suteikti galią savo įsitikinimams apie žmogaus klestėjimo sąlygas. Tik politikoje žmonės gali, pavyzdžiui, kokiu nors efektyviu būdu išreikšti savo teisingumo supratimą arba praeities meno saugojimo supratimą, arba erdvės, kurioje jie gyvens ir dirbs, organizavimo supratimą, arba išsilavinimo, kurį jų vaikai, bent jau dauguma jų, įgis. Politikoje esama pralaimėjusių, tačiau mes negalime pasakyti, jog visuomenės pastangos plėtoti savo kultūrą yra nereflektyvios ar nesąmoningos arba kad tai kokiais kitais atžvilgiais nėra saviugda vien tik dėl to, kad kai kurių žmonių įsitikinimai negauna viršaus.

Kai jau pripažįstame, jog politinė veikla yra socialinio apsisprendimo idėjos dalis, iš idėjos, jog žmonės turėtų būti sąmoningi veikėjai savo kultūros plėtojimo procese, negalime išvesti jokio teisinio diegimo hipotezę (kaip teoriją apie žmogaus klestėjimą, kuriai dera suteikti tiek pat vietos kaip ir kitoms teorijoms) diskvalifikuojančio argumento. Ataskaita skelbia, kaip sakiau anksčiau, jog iš šios idėjos galima daryti išvadą, kad žmogaus raida yra „procesas, pats iš dalies esmingai konstituojamas laisvos saviraiškos ir žmonių bendravimo apykaitos“[161]. Tačiau staiga tampa neaišku, ką šitai reiškia. Mano supratimu, ši loginė išvada yra teisinga be išlygų, jei ji reiškia tik tai, jog laisvas žodis, kaip jis konvenciškai apibrėžiamas, turėtų būti saugomas. Tačiau ši išvada negalioja, jeigu ji reiškia, jog žmonės turi turėti teisę į privatumą, teisę, neleidžiančią daugumai siekti tokios kultūrinės aplinkos, kurią ji, po visapusiškos refleksijos, mano esant geriausią. Tarkime, jog bendruomenė įsitikinusi, kad tokia teisė

egzistuoja ir kad dėl to būtų neteisinga uždrausti privatų pornografijos vartojimą. Toks sprendimas labai apribotų individų galią sąmoningai ir reflektyviai daryti įtaką savo pačių ir savo vaikų raidos sąlygoms. Jis apribotų jų pajėgumą sukurti kultūrinę struktūrą, kurią jie mano esant geriausią – struktūrą, kurioje seksualinė patirtis, bendrai imant, nestokoja orumo ir grožio, struktūrą, be kurios šios jų ir jų šeimų seksualinės patirties savybės greičiausiai bus ne tokios ryškios. Jie nebūtų laisvi kovoti už teisinio diegimo hipotezę politikoje tokiu pačiu pamatu, kokiu kiti būtų laisvi kovoti, pavyzdžiui, už paveldo apsaugos arba valstybės paramos menams programas; t. y. – tiesiog teikdami savo motyvus, leidžiančius manyti, jog teisinis diegimas sudarytų geriausias sąlygas žmonių savirealizacijai. Jie sulauktų atsakymo, jog visuomenė, kuri pasirenka teisinį diegimą, taptų, dėl šios priežasties, automatų visuomene, valdoma aklų jėgų, o ne visuomene, atsakinga už savo pačios reikalus. Tačiau šis atsakymas klaidingas. Jeigu mums rūpi tik individų galia daryti įtaką sąlygoms, kuriomis jie turi mėginti klestėti, bet kokia saviugdos teorija, draudžianti daugumai naudoti politiką ir teisę, net baudžiamąją teisę, yra bent jau *prima facie* save paneigianti.

Visa tai parodo, kaip svarbu nepainioti Williamso strategijos argumento, jog žmonės turi būti už socialinių sąlygų, kuriomis jie mėgina klestėti, plėtojimą atsakingi subjektai, o ne nesąmoningi socialinių jėgų objektai, su visiškai kitu argumentu, jog kiekvienas asmuo dėl kokios nors kitos priežasties turėtų turėti kokią nors savo privačią sferą, kurioje jis yra išskirtinai atsakingas, tik savo paties charakteriui atskaitingas dėl to, ką daro. Šios dvi idėjos yra ne (kaip kartais manoma) dvi tos pačios monetos pusės, o antagonistinės idėjos, nes privačios sferos apsauga, tokios individualios teisės į privatumą pripažinimas apskritai sumažina žmonių galią išleisti į apyvartą savo idėjas apie žmogaus klestėjimui geriausias aplinkybes. Jų galia tai daryti sumažinama nepriklausomai nuo to, ar šiai teisei suteikiamas teisinis statusas – įtraukiant į kokią nors konstituciją, panašią į Jungtinių Valstijų, – ar ji tiesiog pripažįstama kaip moralinės konstitucijos dalykas. Taigi teisės į privatumą samprata priklauso ne tikslu

grindžiamų strategijų, skirtų nedraudimo nuostatai pornografijos atžvilgiu apginti, klasei, o visai kitai – teise grindžiamų strategijų klasei, nes, anot tos sampratos, žmonės turėtų turėti privačią sferą, net jeigu šitai daro žalą visuomenės ilgalaikės perspektyvos tikslams, o ne kuria sąlygas progresui jų link, taigi suteikia žmonėms mažiau, o ne daugiau tikros galios savo aplinkos kūrimo atžvilgiu. Teisės į privatumą negalima išvesti net iš rafinuotos Williamso tikslu grindžiamos strategijos versijos, bent jau dabartiniu jos pavidalu.

Taigi pagrindinė mintis lieka. Williamso strategija turėtų būti tokia pat palanki teisinio diegimo hipotezei, kaip ir nedraudimo nuostatai palankesnei Ataskaitos schemai. Turiu būti apdairus, kad nepaslysčiau nusakydamas šį momentą. Aš neteigiu (kaip tie, kurie kelia maždaug tokį argumentą prieš liberalizmą), jog ta strategija yra nelogiška ar sau prieštaraujanti. Mano mintis ne ta, jog, pavyzdžiui, strategija turi taikyti tokį patį skepticizmą sau pačiai, kokį ji taiko teorijoms apie pageidautinas sąlygas žmogaus raidai. Bet kokiai politinei teorijai pridera – išties privalu – pretenduoti į savo tiesą, taigi netaikyti sau jokio skepticizmo, kurį ji skelbia. Mano argumentas vietoj to priklauso nuo Williamso strategijos turinio atskyrimo nuo jos pasekmių. Sutinku: tie, kurie reiškia palankumą visiškam pornografijos draudimui, galėtų savo poziciją iškelti į tą patį lygį kaip ta strategija – ir tiesiogiai priešpriešinti jai. Jie galėtų sakyti, jog mes galime būti tikri, kad geriausias galimybes žmogui vystytis teikia visuomenė, draudžianti visokią pornografiją visur, todėl neturėtume leisti net politinės alternatyvų diskusijos. Tačiau jiems nėra reikalo ginti draudimą šiuo būdu. Jie galėtų pripažinti Williamso strategiją ir į ją apeliuoti kaip į politinio veiksmo garantiją, skirtą patikrinti jų pačių įsitikinimams apie žmogaus klestėjimui geriausius procesus (kuriuo jie, žinoma, tiki, nors ir negali būti dėl jo užtikrinti). Jeigu jie iškelia savo argumentą į šį lygį, anoks atsakymas yra sakyti, jog jeigu jiems pasiseka, kampaniją už priešingas pažiūras jie padaro daug sunkesnę arba daug mažiau efektyvią. Mat jie gali atsakyti, jog bet koks politinis sprendimas, įskaitant sprendimą, kad draudimas yra iš principo neteisingas dalykas, turės būtent šitokį padarinį kitoms pažiūroms.

Draudimo oponentai tuomet būtų sugrąžinti prie vieno arba antro iš dviejų konkrečių argumentų, kuriuos Ataskaita pripažįsta kaip galimus argumentus, tačiau pati jų neteikia. Jie gali herojiškai teigti, jog visuomenė, kurioje žmonės iš tikrųjų privačiai skaito pornografiją, dėl šios priežasties teiks labiau pageidautinas sąlygas žmogaus tobulumui. Ataskaita atkakliai ir sąmoningai vengia tokio teiginio. Arba jie gali teikti kitokį ir galbūt įtikinamesnį teiginį, jog visuomenė, kurioje žmonės yra teisiškai laisvi privačiai skaityti pornografiją, net jei kai kurie iš tikrųjų tai daro, suteikia geresnes sąlygas nei visuomenė, kurioje niekas to nedaro, nes niekas negali to daryti. Šis teiginys nužengia toli už Williamso strategijos argumento ribų, anot kurio įvairios teorijos apie geriausias sąlygas turi būti laisvos konkuruoti, mat jis teigia, jog viena tokia teorija yra geresnė už kitas teorijas, o ne tik tai, kad ji galėtų būti geresnė. Be jokios abejonės, kai kurie Komiteto nariai išties taip mano, tačiau Ataskaita nepateikia jokių motyvų. Mums reikia pozityvaus argumento, įrodančio, jog individualaus pasirinkimo laisvė skaityti arba neskaityti sadistinius romanus arba apžiūrinėti oralinio sekso nuotraukas yra esminė ar didžiai pageidautina sąlyga žmogaus klestėjimui. Ar bent jau jog yra nepageidautina sąlyga, kad žmonėms, kurie nori tai daryti, turėtų būti pasakyta, kad jie negali to daryti. Bendrai imant skeptiška Williamso strategija nė nepradeda konstruoti tokio argumento, net kai paremiama teiginiu, jog žmogaus raida turėtų būti savimoninga, o ne automatinė.

Nauja pradžia

Manau, dabar aišku, kur aš lenkiu ir koks kitas argumentas mane domina. Aš neteigiu, jog Ataskaitos išvados yra pernelyg konservatyvios, ir tikrai nenoriu pasakyti, kad jos yra pernelyg liberalios. Aš sakau tik tai, jog tikslu grindžiama strategija, kurią naudoja Ataskaita, yra neadekvati paremti jos išvadoms. Iš to negalima daryti išvados, jog jokia geresnė, subtilesnė tikslu grindžiama strategija negalėtų to padaryti. Tačiau mes turėtume prisiminti, jog Komitete buvo

keletas didelio intelektualinio ir praktinio pajėgumo narių ir kad jo pirmininkas buvo garsus neeilinio pajėgumo ir subtilumo filosofas. Akivaizdu, kodėl tikslu grindžiama strategija, žadanti, jog ilgalaikėje perspektyvoje kiekvienam klosis geriau, jei pripažįstame tai, kas mums nepatinka dabar, atrodytų patraukli atraminė prielaida politiniam dokumentui. Tačiau neatrodo tikėtina, jog bet koks kitas komitetas iš šios prielaidos galėtų išvesti daug geresnius argumentus, nei pajėgė šis komitetas.

Šiaip ar taip mano argumentai pažymi bendrą tikslu grindžiamų argumentų silpnumą, kuris gali būti ypač akivaizdus, kai šie argumentai naudojami ginti liberaliai pažiūrai į pornografiją, tačiau kuris juose slypi net kai jie naudojami ginti kitų nepopuliarių veiklų apsaugai, tokių kaip, pavyzdžiui, klaidinanti arba neapykantą kurstanti politinė kalba. Dauguma iš mūsų jaučia – dėl priežasčių, kurių galbūt negalime išsamiai suformuluoti, – jog būtų neteisinga neleisti komunistams ginti Rusijos invazijos į Afganistaną iš Haid Parko improvizuotų tribūnų arba neleisti neonaciams publikuoti traktatų, šlovinančių Hitlerį. Tikslu grindžiamas šių įsitikinimų pateisinimas teigia, jog nors trumpalaikėje perspektyvoje mūsų padėtis galėtų pablogėti, jei toleruojame nesimpatišką politinį kalbėjimą, nes jis mums sukelia moralinę kančią, taip pat dėl to, kad visuomet esama tam tikro šanso, jog jis pasirodys įtikinamas kitiems, esama priežasčių, kodėl mūsų padėtis vis tiek turėtų pagerėti ilgalaikėje perspektyvoje – priartėti prie tikslų, kuriuos mes turėtume išsikelti, realizavimo, – jeigu vis dėlto toleruojame tą kalbėjimą. Šio argumento silpnumas yra tas, kad jis teikia atsitiktinius motyvus įsitikinimams, kurių mes laikomės ne atsitiktinai. Mat istorija, paprastai pasakojama apie tai, kodėl žodžio laisvė atitinka mūsų interesus ilagalaikėje perspektyvoje, grindžiama ne kokia nors gilia fizine būtinybe, kaip antai judėjimo dėsniais, ar netgi ne giliais faktais apie genetinę struktūrą ar psichinę žmogaus konstituciją; tas argumentas yra didžiai problemiškas, spekuliatyvus ir bet kuriuo atveju palaikomas tik nedidelės daugumos. Jei ta istorija yra teisinga, tai ji, galėtume pasakyti, yra paprasčiausiai teisinga, ir niekas negali turėti jokio visa pranokstančio

pagrindo ją pripažinti. Tačiau mūsų įsitikinimai apie žodžio laisvę nėra bandomieji ar netvirtai išpažįstami, ar marginalūs. Jie nėra vien paprasti įsitikinimai. Galime nesunkiai sukonstruoti tikslu grindžiamą paaiškinimą, kodėl žmonės, tokie kaip mes, išplėtotų įsitikinimus, kuriuos manome esant gilius ir tvarius, nors pranašumai mums turėti šiuos įsitikinimus būtų sykiu ir laikini, ir atsitiktiniai. Tačiau tai nesusiję su dabar gvildenamu argumentu, kuris yra veikiau tas, jog šie paaiškinimai nesuteikia *pateisinimo* tos reikšmės, kurią šie įsitikinimai turi mums.

Ši problema, kylanti visiems tikslu grindžiamiems fundamentalių politinių įsitikinimų pateisinimams, dar sunkesnė liberalių įsitikinimų apie pornografiją atveju, nes tikslu grindžiama istorija atrodo ne tik spekuliatyvi ir marginali, bet ir neįtikinama. Laisvo politinio kalbėjimo atveju mes tikrai galėtume pripažinti, jog tikslu grindžiama teorija teisi teigdama, kad svarbus kiekvieno asmens interesas yra išplėtoti savo nepriklausomas politines pažiūras, nes tai yra esminė jo asmenybės dalis, taip pat dėl to, kad jo politiniai įsitikinimai bus labiau autentiški ir savi, labiau jo asmenybės produktas, juo įvairesnės nuomonės kitų, kuriuos jis sutinka. Mes taip pat galėtume pripažinti, jog politinė veikla bendruomenėje tampa energingesnė dėl įvairovės, taigi net ir įsileidus absoliučiai žemus požiūrius. Tai yra geri argumentai, aiškinantys, kodėl ir individų, ir bendruomenės kaip visumos padėtis yra bent jau kai kuriais atžvilgiais geresnė, kai nacis išsikalba; tai argumentai ne tik už politinės saviraiškos laisvę, bet ir už tai, kad politinio kalbėjimo būtų daugiau, o ne mažiau. Tačiau panašūs argumentai, taikomi didžiajai daliai pornografijos atvejų, atrodo kvaili, ir labai nedaugelis iš tų, kurie gina žmonių teisę privačiai skaityti pornografiją, iš tikrųjų teigs, jog bendruomenės ar bet kokio individo padėtis yra geresnė esant daugiau, o ne mažiau pornografijos. Taigi tikslu grindžiamas argumentas už pornografiją turi verstis be to, kas atrodo stipriausios (nors vis tiek atsitiktinės) gijos tikslu grindžiamoje argumentacijoje už žodžio laisvę. Williamso strategija sumaniai ignoruoja šį defektą, teikdama pornografijos toleravimą ginantį argumentą, kuris, kitaip nei įprasti argumentai už kalbėjimo tolera-

vimą, nesuponuoja, jog didesnis kiekis to, ką dera toleruoti, yra geriau kiekvienam. Tačiau šis argumentas yra nevykęs, kaip matėme, būtent dėl to, kad jis neapima tokios prielaidos ar ko nors panašaus į ją. Jo pretenzija į skepticizmą pornografijos vertės atžvilgiu (net lydima slydimo nuokalnėn argumento) neprodukuoja nieko stipresnio, išskyrus nešališką skepticizmą jos uždraudimo vertės klausimu.

Aš noriu pasvarstyti, kokios rūšies argumentą būtų galima rasti kitokios rūšies strategijoje, kurią minėjau pradžioje, teisėmis grindžiamoje strategijoje. Ar žmonės turi moralines ir politines teises, dėl kurių būtų neteisinga jiems drausti publikuoti arba skaityti, arba žiūrėti nešvankias knygas ar atvaizdus, ar filmus, net jeigu bendruomenės padėtis pagerėtų (jeigu ji suteiktų tinkamesnes sąlygas, kurioms esant jos nariai galėtų vystytis) tuo atveju, jei jie to nedarytų? O gal šios teisės vis dėlto netrukdytų nustatyti riboto pobūdžio draudimus, kuriuos pripažįsta Ataskaita? Ar šios teisės taip pat netrukdytų tokiems suvaržymams, kuriuos ji rekomenduoja taikyti viešam pornografijos eksponavimui, kurio ji nedraudžia visiškai? Aš noriu pasinaudoti šia Ataskaitos aptarimo proga ne tik iškelti šiuos specialius klausimus apie deramą teisės nuostatą pornografijos atžvilgiu, bet taip pat paklausti šį tą bendresnio apie tai, ką tokie klausimai kaip šie reiškia ir kaip į juos galima būtų kad ir iš principo atsakyti.

TEISĖS

Apsvarstykime štai kokią prielaidą. Žmonės turi teisę nebūti pasmerkiami prastesniam statusui socialinių gėrybių ir galimybių paskirstymo atžvilgiu, įskaitant prastenį statusą laisvių, kurias jiems duoda baudžiamoji teisė, atžvilgiu, vien tuo pagrindu, jog jų pareigūnai arba bendrapiliečiai mano, kad jų nuomonės apie tai, kaip jiems dera teisingai gyventi savo gyvenimą, yra niekingos arba neteisingos. Šią (menamą) teisę aš vadinsiu teise į moralinę nepriklausomybę ir šioje dalyje svarstysiu, kokią galią ši teisė turėtų pornografiją reguliuojantiems teisės aktams, jeigu ta teisė būtų pripažinta. Kitoje dalyje svarstysiu, kokiais pagrindais galėtume ją pripažinti.

Teisė į moralinę nepriklausomybę yra labai abstrakti teisė (arba, jeigu norite, tos teisės išsakymas, kurį pateikiau, yra labai abstraktus tos teisės išsakymas), nes ši formuluotė niekaip neatsižvelgia į konkuruojančių teisių įtaką. Ji nesistengia nuspręsti, ar ta teisė visada gali būti patenkinama visiems išvien arba kaip reikia spręsti konfliktus su kitomis teisėmis, jeigu jie kyla. Šie tolesni klausimai drauge su kitais susijusiais klausimais yra paliekami konkretesniems tos teisės nusakymams. Arba (o tai iš esmės tas pat) – konkretesnių teisių, kurias žmonės turi tos abstrakčios teisės dėka, formuluotėms. Vis dėlto klausimas, kurį noriu iškelti, gali būti pravartus net kalbant apie abstrakčią tos abstrakčios teisės formuluotę.

Tas, kuris apeliuoja į moralinės nepriklausomybės teisę, kad pateisintų liberalų teisinį nepadorumo reguliavimo režimą, nesuponuoja, jog bendruomenės padėtis ilgalaikėje perspektyvoje bus geresnė (pagal kokį nors nusakymą to, kas daro bendruomenės padėtį geresnę, tokį kaip nusakymas, pateikiamas Williamso strategijoje), jeigu žmonės yra laisvi privačiai žiūrėti nepadorius vaizdus. Jis šito neneigia. Savo argumentą jis teikia tariamąja nuosaka: net jeigu sąlygos tuomet nebus tokios pat palankios žmogaus klestėjimui, kokios jos galėtų būti, pavyzdžiui, vis dėlto tos teisės turi būti paisoma. Tačiau kokią galią ta teisė tuo atveju turi? Kada valdžia pažeidžia tą teisę?

Galime pasakyti, jog ji pažeidžia tą teisę, bent jau štai kokiu atveju: kai vienintelis akivaizdus ar įtikinamas pornografijos reguliavimo schemos pateisinimas apima hipotezę, jog pažiūros apie seksą, eksponuojamos ar puoselėjamos pornografijoje, yra žeminančios arba gyvuliškos ar kita prasme nepriimtinos geriausiems žmonėms, net jei ši hipotezė gali būti teisinga. Ji taip pat pažeidžia tą teisę, kai tas pateisinimas apima teiginį, jog dauguma žmonių visuomenėje pripažįsta tą hipotezę ir todėl yra skaudinami arba patiria pasibjaurėjimą, kai kiti jų bendruomenės nariai, už kurių gyvenimą jie, suprantama, jaučia ypatingą atsakomybę, skaito nešvankias knygas arba žiūrinėja nešvankius vaizdus. Tad toji teisė yra galingas suvaržymas pornografijos reguliavimui, ar bent jau taip atrodo, nes ji draudžia laikyti svariais būtent tuos argumentus, kuriuos dauguma žmonių laiko geriausiais

argumentais net ir švelniai ir apsišvietusiai varžymo ir nepadorumo reguliavimo politikai. Kiek erdvės ta akivaizdžiai stipri teisė palieka valdžiai išvis ko nors imtis dėl pornografijos?

Tarkime, jog nustatoma, kad privatus pornografijos vartojimas išties reikšmingai padidina smurtinių nusikaltimų pavojų bendrai arba konkrečiai seksualinės prievartos nusikaltimų pavojų. Arba tarkime, jog privatus vartojimas daro kokį nors specifinį ir žalingą poveikį bendrai tvarkai, pavyzdžiui, lemdamas didelį pravaikštų darbe lygį, – kokį, kaip kartais sakoma, daro gėrimas arba ryto televizijos programos. Tuomet valdžia šių faktų pavidalu turėtų pateisinimą pornografijos varžymui ir galbūt net draudimui, pateisinimą, kuris neapima užgaulės hipotezės nei tiesiogiai, pasitelkiant prielaidą, jog ta hipotezė yra teisinga, nei netiesiogiai, tvirtinant, jog daugelis žmonių ją mano esant teisingą. Juk (kaip dažnai pažymima nepadorumo diskusijose, įskaitant Williamso ataskaitą) galėtų paaiškėti, jog Šventasis Raštas arba Shakespeare'as daro tokį nelemtą poveikį, o tokiu atveju valdžia turėtų motyvą uždrausti šias knygas – motyvą, kuris nereikalauja, kad apie jas būtų galima pateikti kokią nors panašią hipotezę.

Ši galimybė suponuoja šiek tiek subtilesnį argumentą. Tarkime, jog atskleidžiama, kad visos emociškai stiprios literatūros formos (įskaitant Shakespeare'ą, Šventąjį Raštą ir daugelį pornografijos formų) reikšmingai prisidėjo prie nusikalstamumo. Tačiau valdžia reaguoja į šį atskleidimą selektyviai, uždrausdama daugumą pornografijos ir kitos literatūros pavyzdžių, kuriuos ji laiko nevertingais, tačiau vis dėlto neuždrausdama Shakespeare'o ir Šventojo Rašto tuo pagrindu, jog šie tekstai esą tokios literatūrinės ir kultūrinės vertės, jog juos verta išsaugoti net ir jų lemiamo nusikalstamumo augimo kaina. Niekas šioje diskriminacijoje (kaip jis iki čia nusakytas) nepažeidžia teisės į moralinę nepriklausomybę. Svarstomasis sprendinys – jog pornografija iš tikrųjų nepasižymi tokiu literatūrinės vertės indėliu arba kad ji nėra tiek informatyvi arba išmoninga kalbant apie skirtingus būdus, kuriais žmonės galėtų išreikšti save ar rasti vertę savo gyvenime, – kad pateisintų tą nusikalstamumo

žalą kaip jos publikavimo kainą – nėra sprendinys, jog tų, kuriems patinka pornografija, charakteris dėl to yra blogesnis. Bet koks sprendinys dėl literatūrinės ar kultūrinės vertės būtų sprendinys, dėl kurio sąžiningi ir protaujantys žmonės nesutars. Tačiau tai pasakytina apie daugelį kitų sprendinių rūšių, kuriuos valdžia vis tiek turi daryti. Dabar svarstomas sprendinys yra, be abejo, ypatingas, nes jis gali būti panaudotas kaip šydas nuslėpti kitokį sprendinį, kuris pamintų teisę į nepriklausomybę – sprendinį, jog pornografija turi būti traktuojama kitaip nei Šventasis Raštas dėl to, kad žmonės, kurie atiduoda jai pirmenybę, yra blogesni žmonės. Tas pavojus galėtų būti pakankamai stiprus, kad visuomenė, itin rūpestingai sergstinti nepriklausomybės teisę, profilaktiniais sumetimais uždraus pareigūnams daryti literatūrinį sprendinį, kuris atskirtų *Sekso katytes* nuo *Hamleto,* jeigu būtų nustatyta, kad abu kūriniai skatina nusikalstamumą. Šitai neliečia dabar svarstomo argumento, anot kurio literatūrinis sprendinys yra kitoks ir savaime nekelia grėsmės nepriklausomybės teisei; ir verta pridurti, jog labai nedaug žmonių, kurie neslepia vartoją pornografiją, teigia ją turint savarankišką literatūrinę vertę. Geriausiu atveju jie teigia tokią vertę, kurią kiti, besilaikantys labiau konvencinių idėjų apie pramogą, priskiria trileriams.

Tačiau šitai šiaip ar taip yra tik akademinė spekuliacija, nes nesama jokio pagrindo įsivaizduoti esant pakankamai tiesioginę sąsają tarp nusikalstamumo ir *Sekso katyčių* arba *Hamleto,* kad būtų galima pateikti pagrindą uždrausti bet kurį iš šių kūrinių kaip privačią pramogą. Tačiau kaip dėl viešo eksponavimo? Ar galime rasti įtikinamą pateisinimą suvaržyti pornografijos eksponavimą – pateisinimą, kuris nepažeidžia moralinės nepriklausomybės teisės? Mes, be abejo, galime sukonstruoti tam tikrą šios krypties argumentą štai kaip. „Daugeliui žmonių nepatinka matyti lytinių organų atvaizdus pakeliui į maisto parduotuvę. Ši nuostata nėra – taip pat ji nebūtinai atspindi – kokia nors priešiška pažiūra į charakterį tų, kurie neturi nieko prieš tokius susidūrimus. Tas, kuris nenorėtų susidurti su pornografija savo kasdieniame kelyje, gali netgi neprieštrauti tam, kad ji būtų eksponuojama kitur. Tiesiog galbūt jo nuostatos ir preferenci-

jos atmeta tam tikrus derinius jo patirtyje, kaip kad tas, kuriam patinka rausvi saulėlydžiai, tačiau ne rausvi namai Belgravijoje, ir kuris neprieštarauja neonui Leicester skvere, tačiau nepakęstų jo Cotswolds apylinkėse. Arba jis gali turėti labiau struktūruotą arba labiau konsekvencialistinę savo aplinkos preferencijų schemą. Jis gali suprasti arba manyti, pavyzdžiui, jog jo paties gėrėjimasis kitų žmonių kūnais apribojamas arba padaromas ne toks intensyvus ir ypatingas, jeigu nuogumas tampa arba pernelyg įprastu dalyku jam, arba nebėra susijęs išskirtinai su tomis progomis, kuriomis jis jam teikia ypatingą malonumą, galbūt lankantis muziejuose arba jo paties lovoje, arba ir ten, ir ten. Arba kad sekso statusas pasikeis ir jis taps ne toks vertingas jam, jeigu pernelyg dažnai arba pernelyg primygtinai jam bus primenama, jog kitiems žmonėms jis turi kitokią, labiau komercinę ar labiau sadistinę, reikšmę. Arba jog jo tikslas, kad jo vaikai išsiugdytų tam tikrus panašius polinkius ir nuomones, bus griaunamas eksponavimo ar reklamos, kuriems jis prieštarauja. Nė viena iš šių įvairių nuomonių ir priekaištų *nebūtinai* turi būti produktas kokio nors įsitikinimo, jog tie, kurių nuomonės ir polinkiai kitokie, yra blogo būdo žmonės, taip pat kaip tie, kurie viliasi, jog valstybės finansuojamas teatras statys išskirtinai klasikų veikalus, neturi galvoti, jog tie, kurie teikia pirmenybę eksperimentiniam teatrui, yra menkesnės vertės žmonės."

Šis motyvų, dėl kurių žmonės gali nenorėti susidurti su pornografija gatvėse, pavaizdavimas yra įmanomas pavaizdavimas. Tačiau aš įtariu, kaip sakiau anksčiau, jog jis yra pernelyg primityvus ir vienmatis kaip pavaizdavimas, kokie tie motyvai iš tikrųjų yra. Diskomfortas, kurį daugelis žmonių patiria susidūrę su rėksminga nuogybe reklaminiuose stenduose, retai yra toks nepriklausomas nuo jų moralinių įsitikinimų, kaip rodo šie įvairūs nusakymai. Daugeliui žmonių bent dalį užgaulės sudaro tai, jog jie patys sau atrodo verti paniekos dėl to, kad priversti domėtis tais veiksmais. Kitiems svarbiausioji užgavimo dalis yra tai, jog jiems šitaip jėga primenama apie tai, kokie yra jų kaimynai, ir, konkrečiau, kuo slapčiomis užsiima jų kaimynai. Kitaip tariant, žmonės prieštarauja nuogų vyrų ir moterų

eksponavimui erotinėmis pozomis net tuomet, kai šitai eksponuojama (o tai neišvengiama dėl komercinių sumetimų) tose miestų dalyse, kurios jokia prasme nebūtų gražios ar kultūringos ir be pornografijos. Be to, net jeigu žmonių motyvų nusakymus mano išdėstytame argumente suvoktume pažodžiui, būtume priversti pripažinti substancišką moralinių įsitikinimų įtaką būtent tuose motyvuose, mat asmens suvokimas, kokias nuostatas sekso atžvilgiu jis nori turėti, ir, žinoma, jo suvokimą, kokias nuostatas jis viliasi paskatinsiąs savo vaikams, yra ne šiaip veikiamas jo moralinių nuomonių plačiąja prasme, bet yra jų konstituojamas.

Tad žmonių motyvuose prieštarauti reklamai ar pornografijos eksponavimui aptinkame bent jau mišinį ir sąveiką nuostatų, įsitikinimų, ir polinkių, kurie pašalina bet kokią galimybę užtikrintai tvirtinti, jog reguliavimas, pateisinamas apeliacija į šiuos motyvus, nepažeistų teisės į moralinę nepriklausomybę. Mes nežinome, ar, jeigu galėtume išmazgyti skirtingas polinkio, ambicijos ir įsitikinimo gijas, kad atsijotume tuos, kurie išreiškia moralinį pasmerkimą arba kurių išvis nebūtų, jei nebūtų to pasmerkimo poreikio, likusios gijos pateisintų bet kokią konkrečią pornografijos eksponavimo reguliavimo schemą. Tai ne šiaip informacijos, kurią būtų brangu gauti, stoka. Problema yra konceptualesnė: leksika, kurią vartojame identifikuoti ir individualizuoti motyvus – savo, taip pat kaip ir kitų, – negali užtikrinti atskyrimo, kurio mums reikia.

Visuomenė, trokštanti apginti abstrakčią teisę į moralinę nepriklausomybę, tokios komplikacijos akivaizdoje turi mažiausiai dvi galimybes. Ji galėtų nuspręsti, jog jeigu populiarios pažiūros į mažumą arba į mažumos elgseną yra nevienalytės šia prasme ir dėl to priešingų moralinių įsitikinimų įtaka negali būti nei nepripažįstama, nei išmatuota, tai visos šios pažiūros turėtų būti laikomos užterštomis tokių įsitikinimų, ir joks reguliavimas nėra leistinas. Arba ji gali nuspręsti, jog nevienalyčių pažiūrų atvejis yra ypatingas atvejis administruojant tą abstrakčią teisę, todėl konkretesni teiginiai apie tai, ką žmonės turi teisę turėti esant tai teisei, privalo paisyti nevienalyčių pažiūrų fakto. Tai ji galėtų padaryti, pavyzdžiui, konkretesniu

lygmeniu nustatydama sąlygą, jog niekas neturėtų patirti *rimtos* žalos dėl teisinio suvaržymo, kai šitai galima pateisinti tik tuo, jog tai, ką jis siūlo daryti, frustruos ar pamins kitų preferencijas, kurios, kaip turime pagrindo manyti, yra sumišusios su įsitikinimu (arba yra jo pasekmės), jog žmonės, veikiantys tuo būdu, yra blogo būdo žmonės. Ši antroji galimybė, kai konkreti teisė apibrėžiama taip, kad būtų pritaikyta mišrių preferencijų problemai, nėra tos abstrakčios teisės sušvelninimas ar aukojimas kompromisui, o veikiau jos taikymas (be abejo, kontroversiškas) tai ypatingai situacijai. Tai, kuri iš tų dviejų galimybių (arba kokia kita galimybė) teikia geriausią atsakymą nevienalyčių motyvų problemos klausimu, yra dalis bendresnės problemos – pateisinimo problemos, kurią aš atidėjau kitam skirsniui. Abstrakčios teisės nuoseklaus pavertimo konkretesne teise procesas nėra paprasčiausiai abstraktaus teiginio dedukcinės sklaidos ar interpretacijos procesas, o savarankiškas žingsnis politinėje teorijoje.

Jeigu visuomenė pasirenka antrąją ką tik aprašytą galimybę pornografijos atveju (kaip, manau, ji turėtų padaryti – dėl priežasčių, kurias nusakysiu vėliau), tai jos pareigūnai turi imtis spręsti, kokia žala tiems, kurie pageidauja publikuoti ar skaityti pornografiją, yra rimta, o kokia žala tėra triviali. Ir vėl išmintingi ir sąžiningi pareigūnai dėl šito nesutars, tačiau mes mėginame nustatyti ne algoritmą nepadorumą reguliuojančiam įstatymui, o veikiau tai, ar įtikinama konkreti įtikinamos abstrakčios teisės koncepcija suteiks protingą reguliacijos schemą. Todėl turime svarstyti pobūdį žalos, kurią padarytų pornografijos vartotojams, sakykime, suskirstymo į zonas schema, reikalaujanti, kad pornografine medžiaga būtų prekiaujama ir filmai rodomi tik tam tikruose rajonuose, reklamos schema, draudžianti viešosiose vietose reklamas, kurias daugelis laikytų nepadoriomis, ir žymėjimo (*labeling*) schema, kuria siekiama, kad ateinantieji į kino teatrą ar parduotuves, kurių turinį jie galėtų manyti esant nepadorų, būtų perspėti. Esama trijų pagrindinių žalos, kurią toks režimas galėtų padaryti vartotojams, rubrikų: nepatogumas, išlaidos ir trikdymas. Tai, ar nepatogumas yra rimtas, priklausys, pavyzdžiui,

nuo skirstymo į zonas detalių. Tačiau jis neturėtų būti laikomas rimtu, jeigu pornografijos pirkėjams reikia važiuoti vidutiniškai tokį atstumą, kokį, sakykime, reikia nukeliauti stereogarso įrangos arba deimantų, arba knygų iš antrų rankų pirkėjams, kad pasiektų tuo prekiaujančius centrus. Kokiu mastu ši suvaržymo schema padidins pornografijos kainą, yra sunkiau numatyti. Galbūt reklamos suvaržymas sumažins pardavimus, taigi ir padidins vienetų kaštus. Tačiau atrodo mažai tikėtina, jog šis efektas būtų labai didelis, ypač jei teisinis draudimas reglamentuoja reklamos pobūdį, o ne apimtį, ir palieka erdvės, kaip žinoma, ne tik paprastų „antkapio" tipo skelbimų, bet ir ištisam spektrui pritrenkiamai efektyvių metodų, kuriuos naudoja gamintojai, siūlantys muilą ir vaizdo grotuvus.

Trikdymas kelia įdomesnį ir svarbesnį klausimą. Kai kurios valstybės ir šalys reikalavo iš žmonių, kad jie identifikuotųsi kaip priklausą konkrečiai religijai arba kaip besilaiką tam tikrų politinių pažiūrų tiesiog dėl pačios identifikacijos ir prastesnio statuso priskyrimo, kurį įgalina ta identifikacija, sumetimais. Pavyzdžiui: nacių diegtas geltonųjų raiščių žydams režimas arba pilietinių teisių grupių narių registracija, kurią įvedė kai kurios Pietų valstijos, o Aukščiausiasis teismas *NAACP v. Alabama ex rel Patterson* byloje[162] paskelbė esant nekonstitucinę. Kadangi tokiais atvejais kaip šie identifikavimosi reikalaujama tiesiog kaip viešos paniekos žymos arba tiesiog norint sukelti socialinį ar ekonominį spaudimą, kylantį iš tos paniekos, tokių įstatymų galimybę atmeta net abstrakti tos teisės forma. Tačiau situacija yra visai kitokia, jeigu identifikacija yra reguliacijos schemos šalutinis produktas, o ne tikslas, ir yra tokia savanoriška, kiek leidžia aiškūs reguliacijos tikslai. Moralinės nepriklausomybės teisė akivaizdžiai būtų pažeista, jei pornografijos įstaigoms nebūtų leidžiama naudoti neišsiskiriančius pašto paketus siunčiant prekes klientams, kurie renkasi anonimiškumą, nes trikdymas būtų tokio suvaržymo tikslas, o ne šalutinis produktas. Taip pat, manau, jeigu įstatymas uždraustų pornografijos parduotuvėms prekiauti viskuo, išskyrus pornografiją, ir dėl to drovus pornografijos mėgėjas neturėtų galimybės išeiti iš parduotuvės nešinas nauju skėčiu, ne tik su kažin ko

prikimšta palto kišene. Tačiau moralinės nepriklausomybės teisė neimplikuoja jokios valdžios pareigos užtikrinti, kad žmonės galėtų naudotis ta teise viešose vietose, visuomenei nežinant, kad jie ja naudojasi. Galbūt valdžia būtų įpareigota imtis specialių priemonių, užtikrinančių apsaugą nuo trikdomojo apsunkinimo visuomenėje, kurioje yra labai tikėtina, kad žmonės iš tikrųjų patirtų rimtą ekonominę žalą, jeigu juos pamatytų išeinančius iš parduotuvės, paženklintos bloga žyma. Tačiau menkai įtikinama, kad šitai taikytina droviems pornografijos mėgėjams šioje šalyje dabar, iš kurių galima būtų reikalauti – ir tai nebūtų nesuprantama – prisiimti socialinę viešumo naštą, kad visuomenė juos pažinotų tokius, kokie jie yra.

Mano išvada ta, jog teisė į moralinę nepriklausomybę, jeigu tai tikra teisė, reikalauja teisinės nedraudimo nuostatos dėl pornografijos vartojimo privačiai, bet kad tam tikra konkreti tos teisės koncepcija vis dėlto nedraudžia varžymo schemos, labai panašios į schemą, kurią rekomenduoja Williamso ataskaita. Lieka apsvarstyti, ar ta teisė ir ta koncepcija pačios gali būti pateisintos politinėje teorijoje. Tačiau iš pradžių galėčiau pažymėti, jog niekas mano išvadoje nesikerta su mano ankstesniu teiginiu, jog Williamso strategija, kuria remiasi Ataskaita, negali paremti nei jos nedraudimo nuostatos, nei jos varžymo schemos. Mat aš neteigiu, gindamas tą teiginį, jog varžanti schema primes didelę žalą individams. Aš tik sakiau, jog Williamso strategija kaip visuma, kuri savo argumentus grindė ne pornografų interesais, o indėliu, kuriuo jie gali prisidėti prie naudingos bendravimo apykaitos, nepateikė reikalingos perskyros. Taip pat aš dabar neapeliuoju ir į idealą, kuris yra tos strategijos nervas, – kad bendruomenė turi turėti laisvę plėtoti geriausias sąlygas žmogaus klestėjimui, – kad paremčiau savo paties išvadas apie pornografiją reguliuojančią teisę. Aš veikiau teigiu, jog nepaisant to, ar instrumentiniai Williamso ataskaitos teiginiai yra protingi ar ne, privati laisvė yra būtina, o patraukli svarbios politinės teisės koncepcija leidžia viešą ribojimą.

LYGYBĖ

Koziris, saugantis nuo naudos išskaičiavimų

Likusioje šios esė dalyje svarstomas klausimas, kaip galėtų būti apginta teisė į moralinę nepriklausomybę, tiek savo abstrakčia forma, tiek konkretesnės koncepcijos pavidalu, kurią aptarėme svarstydami viešąjį pornografijos eksponavimą. Šio klausimo svarba pranoksta palyginti nereikšmingą paties nepadorumo problemą: ta teisė turi kitų ir svarbesnių pritaikymų, ir klausimas, kokios rūšies argumentai remia teisių teiginį, yra neatidėliotinas politinės teorijos klausimas.

Teises, kaip aiškinau kitur,[163] geriausia suprasti kaip kozirius, saugančius nuo vienokio ar kitokio pamatinio politinių sprendimų pateisinimo, kuris suformuluoja tikslą bendruomenei kaip visumai. Jeigu kas nors turi teisę į moralinę nepriklausomybę, šitai reiškia, jog yra neteisinga, jei pareigūnai dėl kokios nors priežasties veikia pažeisdami tą teisę, net jeigu jie (teisingai) mano, jog bendruomenės kaip visumos padėtis pagerės, jeigu jie pažeis tą teisę. Esama daug skirtingų atskirą sritį sudarančių teorijų, aiškinančių, kas bendruomenės padėtį daro geresnę visumos mastu; kitaip tariant – daug skirtingų teorijų apie tai, koks turėtų būti politinio veiksmo tikslas. Viena iškili teorija (ar veikiau teorijų grupė) yra utilitarizmas savo gerai žinomomis formomis – jis suponuoja, jog bendruomenės padėtis yra geresnė, jeigu jos nariai, vidutiniškai imant, yra laimingesni arba patenkina daugiau savo preferencijų. Kita – ir tam tikrais atžvilgiais skirtinga – teorija yra teorija, kurią aptikome Williamso strategijoje: anot jos, bendruomenės padėtis yra geresnė, jeigu ji suteikia labiausiai pageidaujamas sąlygas žmogaus raidai. Žinoma, esama daug kitų teorijų apie tikrą politikos tikslą, iš kurių daugelis daug labiau skiriasi nuo bet kurios iš šių dviejų teorijų nei šios – viena nuo kitos. Tam tikru mastu argumentas, ginantis tam tikrą konkrečią teisę, turi priklausyti nuo to, kuri iš šių teorijų apie pageidaujamus tikslus yra pripažinta; kitaip tariant, jis turi priklausyti nuo to, kokį bendrą pamatinį politinių sprendimų pateisinimą siūlo koziriuoti svarstomoji teisė. Tolesniame svarstyme aš laikysiuosi prielaidos, jog pamatinis

pateisinimas, su kuriuo mes turime reikalą, yra kokia nors utilitarizmo forma, politikos tikslu laikanti įgyvendinimą kiek įmanoma didesnio skaičiaus tikslų, kuriuos žmonės kelia savo gyvenimui. Tai, mano galva, tebėra pats įtakingiausias pamatinis pateisinimas, bent jau tuo neformaliu būdu, kuriuo jis šiandien figūruoja Vakarų demokratijų politikoje.[164]

Tarkime, jog mes tuomet pripažįstame, jog bent jau apskritai imant, politinis sprendimas yra pateisinamas, jeigu jis žada padaryti piliečius laimingesnius arba realizuoti daugiau jų preferencijų, vidutiniškai imant, nei galėtų bet kuris kitas sprendimas. Tarkime, jog mes darome prielaidą, kad sprendimas visiškai uždrausti pornografiją tenkina tą kriterijų, nes leidėjų ir vartotojų norus ir preferencijas nusveria daugumos norai ir preferencijos, įskaitant jų preferencijas dėl to, kokį gyvenimą turėtų gyventi kiti. Kaip tuomet būtų galima pateisinti kokį nors priešingą sprendimą, leidžiantį nors ir tik privatų pornografijos vartojimą?

Galima būtų manyti, jog tokį pateisinimą pajėgūs suteikti du argumentavimo modusai. Pirmas – mes galėtume teigti, jog nors utilitarinis tikslas formuluoja vieną svarbų politinį idealą, tai nėra vienintelis svarbus idealas, ir pornografija turi būti leidžiama tam, kad būtų apsaugotas koks nors kitas idealas, kuris tomis aplinkybėmis yra svarbesnis. Antras – mes galėtume argumentuoti, jog gilesnė mūsų turimų motyvų, kurie pirmiausia ir skatina pripažinti utilitarizmą kaip pamatinį pateisinimą, analizė – tolesnė refleksija priežasčių, dėl kurių mes norime siekti to tikslo, – parodo, jog nauda čia turi nusileisti kokiai nors moralinės nepriklausomybės teisei. Pirmoji argumento forma yra pliuralistinė: jis pasisako už kozirį, saugantį nuo naudos išskaičiavimų tuo pagrindu, jog nors nauda visuomet yra svarbus dalykas, tai nėra vienintelis svarbus dalykas, ir kiti tikslai ar idealai kartais yra svarbesni. Antroji forma suponuoja, jog deramas supratimas, kas yra utilitarizmas ir kodėl jis yra svarbus pats savaime, pateisins svarstomąją teisę.

Aš nemanau, jog pirmasis, arba pliuralistinis, argumentavimo modusas turi daug šansų patirti sėkmę, bent jau kai taikomas pornogra-

fijos problemai. Tačiau aš dabar neplėtosiu argumentų, kurie būtų reikalingi tai nuomonei paremti. Vietoj to noriu pasiūlyti argumentą antruoju modusu, kuris yra, glaustai persakant, štai koks. Kad ir kuo būtų patrauklus utilitarizmas, tas patrauklumas kyla iš to, ką mes galėtume pavadinti jo egalitarine orientacija. (Arba, jeigu tai pernelyg smarku, – prarastų tą patrauklumą, kurį turi, jei ne ta orientacija.) Tarkime, jog kokia nors utilitarizmo versija numato, jog svarstant, kaip geriausia realizuoti daugumą preferencijų bendru mastu, kai kurių žmonių preferencijos laikytinos ne tokiomis svarbiomis kaip kitų preferencijos dėl to, kad patys tie žmonės yra mažiau verti ar mažiau patrauklūs, ar ne tokie mylimi, arba dėl to, kad svarstomosios preferencijos, imant sykiu, pagrindžia paniekos vertą gyvenimo būdą. Šitai mums atrodytų aiškiai nepriimtina ir bet kuriuo atveju daug mažiau patrauklu nei standartinės utilitarizmo formos. Bet kuria iš savo standartinių versijų utilitarizmas gali pretenduoti suteikiąs koncepciją, aiškinančią, kaip valdžia vienodai traktuoja žmones arba, bet kuriuo atveju, kaip valdžia gerbia fundamentalų reikalavimą, jog ji privalo traktuoti žmones kaip lygius. Utilitarizmas teigia, jog žmonės traktuojami kaip lygūs, kai kiekvieno preferencijos, sveriant tik intensyvumo atžvilgiu, balansuojamos tomis pačiomis svarstyklėmis, nedarant perskyrų tarp asmenų ar nusipelnymo atžvilgiu. Ką tik aprašyta korumpuota utilitarizmo versija, kai kuriems asmenims priskirianti mažesnį svorį nei kitiems arba nelaikanti paisytinomis kai kurių preferencijų dėl to, kad šios yra gėdingos, pamina tą teiginį. Tačiau jeigu praktikoje utilitarizmo nekontroliuoja kas nors panašaus į moralinės nepriklausomybės teisę (bei kitos giminingos teisės), jis degraduos, bet kokių praktinių tikslų atveju, būtent į tą versiją.

Įsivaizduokime gausią žmonių bendruomenę, kurios viena narė yra Sara. Jeigu Konstitucijoje skelbtų utilitarizmo versiją, įgalinančią Saros preferencijas laikyti dvigubai svarbesnėmis už kitų, šitai būtų nepriimtina – tai būtų neegalitarinė utilitarizmo versija. Tačiau dabar tarkime, jog konstitucinė nuostata yra standartinė utilitarizmo forma, t. y. jog ji yra neutrali visų žmonių ir preferencijų atžvilgiu,

bet kad stebinamai didelis skaičius žmonių labai myli Sarą ir dėl to tvirtai laikosi nusistatymo, kad jos preferencijos būtų laikomos dvigubai svarbesnėmis kasdieniniuose politiniuose sprendimuose, priimamuose remiantis utilitariniu iškaičiavimu. Kai Sara negauna to, ką turėtų, jeigu jos preferencijos būtų laikomos dvigubai svarbesnėmis už kitų preferencijas, šie žmonės yra nelaimingi, nes jų ypatingos preferencijos, kylančios iš meilės Sarai, yra nerealizuojamos. Jeigu pačioms šioms ypatingoms preferencijoms leidžiama tapti paisytinomis, tai skirstant gėrybes ir galimybes, Sarai jų teks daug daugiau nei ji jų gautų šiaip. Aš teigiu, jog šitaip paminama egalitarinė tariamai neutralios Konstitucijos orientacija lygiai taip pat kaip tuo atveju, kai neutrali nuostata būtų pakeista atmestąja versija. Iš tiesų tariamai neutrali nuostata tuomet yra save griaunanti, mat kritinį svorį sprendžiant, koks paskirstymas labiausiai skatina naudą, ji teikia pažiūroms tų, kurie laikosi iš pagrindų ne-neutralios (kai kas pasakytų – anti-utilitarinės) teorijos, anot kurios kai kurių žmonių preferencijos turėtų būti laikomos labiau paisytinomis nei kitų preferencijos.

Atsakymas, kurį pateiktų utilitaristas, trokštantis oponuoti teisei į moralinę nepriklausomybę, yra savaime aiškus: utilitarizmas teikia svorį ne tos teorijos tiesai, o tik tam faktui, jog daugelis žmonių (klaidingai) laikosi tos teorijos, todėl yra nuviliami, kai paskirstymas, kurį pasiekia valdžia, nėra toks paskirstymas, kurį jie mano esant teisingą. Būtent jų nusivylimo faktas, o ne jų pažiūrų tiesa, yra paisytinas, ir tai teigti nėra nenuoseklu loginiu ar pragmatiniu atžvilgiu. Tačiau šis atsakymas yra skubotas. Mat čia esama ypač gilaus prieštaravimo. Utilitarizmas privalo pretenduoti į savo tiesą (tai, kaip sakiau anksčiau, privalo daryti bet kokia politinė teorija), taigi turi teigti esant neteisingą bet kokią teoriją, kuri jam prieštarauja. Kitaip tariant, jis pats turi užimti visą tą loginę erdvę, kurios reikalauja jo turinys. Tačiau neutralusis utilitarizmas teigia (ar, bet kuriuo atveju, daro prielaidą), jog iš principo niekas neturi daugiau teisių į tai, kad būtų realizuotos kurios nors jo preferencijos nei kas nors kitas. Jis sako, jog vienintelis pagrindas neleisti realizuoti vieno asmens norų, kad ir kokie šie būtų, yra tas, jog vietoj jų turi būti realizuota dau-

giau kitų norų arba intensyvesni norai. Jis tvirtina, jog teisingumas ir politinė moralė negali suteikti jokio kitokio pagrindo. Šitai, galėtume pasakyti, yra neutraliojo utilitaristo gynybos argumentai mėginant pasiekti tokią politinę struktūrą, kurioje, vidutiniškai imant, preferencijų realizavimas yra įmanomai efektyviausias. Klausimas yra ne tas, ar valdžia gali pasiekti tą politinę struktūrą, jeigu ji laiko paisytinomis tokias politines preferencijas kaip Saros gerbėjų preferencijos[165], arba – ar valdžia tuo atveju kokią nors konkrečią preferenciją laiko dvigubai svarbesne, taigi prieštarauja utilitarizmui šiuo tiesioginiu būdu. Veikiau klausimas yra tas, ar valdžia gali visa tai pasiekti, visiškai neprieštaraudama tiems ginamiesiems argumentams.

Tarkime, pavyzdžiui, jog bendruomenėje yra nacistas, į kurio preferencijų kompleksą įeina preferencija, kad būtų realizuojama daugiau arijų preferencijų, o žydų preferencijų – mažiau tiesiog dėl to, kas jie yra. Neutralusis utilitaristas negali pasakyti, jog politinėje moralėje nėra nei jokio pagrindo atmesti arba paskelbti nedora tokią preferenciją, nei neatmesti jos kaip tiesiog neteisingos, ir pagrindo nesiekti jos realizuoti su tokiu pat atsidėjimu, su kokiu pareigūnai įgyvendina bet kurios kitos rūšies preferenciją. Mat pats utilitarizmas suteikia tokį pagrindą: jo pati fundamentaliausia maksima yra ta, jog žmonių preferencijos turėtų būti sveriamos vienodu pamatu tomis pačiomis svarstyklėmis, jog nacistinė teisingumo teorija yra iš pagrindų neteisinga ir kad pareigūnai turėtų oponuoti nacistinei teorijai ir siekti ją sutriuškinti, o ne įgyvendinti. Nuoseklumo sumetimai neutraliajam utilitaristui neleidžia laikytis tokio pat politiškai neutralaus santykio su nacistine politine preferencija, kokio jis laikosi kitų rūšių preferencijų atžvilgiu. Tačiau tuomet jis negali pateikti ką tik aprašytųjų ginamųjų argumentų už didžiausią vidutinę naudą, apskaičiuojamą paisant tos preferencijos.

Aš nenoriu pasakyti, jog kieno nors teisės į tai, kad būtų patenkinta jo preferencija, pripažinimas automatiškai pripažįsta jo preferenciją esant gerą ar kilnią. Geras utilitaristas, kuris sako, jog pinbolo žaidėjas turi tokią pat teisę į šio polinkio patenkinimą, kokią turi poetas patenkinti savajam, dėl šios priežasties nėra įsipareigojęs

teiginiui, jog gyvenimas, skriamas pinbolui, yra toks pat geras kaip gyvenimas, skiriamas poezijai. Tik vulgarūs utilitarizmo kritikai bruktų šią išvadą. Utilitaristas sako tik tai, jog joks teisingumo teorijos aspektas neteikia jokio pagrindo, dėl kurio politiniai ir ekonominiai visuomenės mechanizmai ir sprendimai turėtų būti kiek nors artimesni tiems, kuriems atiduotų pirmenybę poetas, o ne tiems, kurių norėtų pinbolo žaidėjas. Politinio teisingumo požiūriu dalykas yra kaip tik tas, kiek žmonių teikia pirmenybę vienai, o ne kitai alternatyvai ir koks tvirtas jų apsisprendimas. Tačiau jis negali šito pasakyti apie konfliktą tarp nacisto ir neutraliuoju utilitarizmu besiremiančio nacizmo oponento, mat teisinga politinė teorija, jo politinė teorija – ta pati politinė teorija, į kurią jis apeliuoja paisydamas nacisto pretenzijos fakto, – turi ką pasakyti apie šį konfliktą. Ji sako, jog tai, kam atiduoda pirmenybę neutralusis utilitaristas, yra teisinga ir adekvačiai aprašo tai, į ką žmonės turi teisę politinės moralės požiūriu, bet kad tai, kam teikia pirmenybę nacis, yra iš pagrindų neteisinga ir nusako tai, į ką niekas neturi teisės politinės moralės požiūriu. Tačiau tuomet yra prieštaringa sakyti, jog tuo pačiu politinės moralės požiūriu nacistas turi tokią pačią teisę į politinę sistemą, kuriai jis atiduoda pirmenybę, kaip ir utilitaristas.

Argumentas galėtų būti formuluojamas štai kaip. Politinės preferencijos, tokios kaip nacisto preferencija, yra tos pačios plotmės dalykas – pretenduoja užimti tą pačią erdvę – kaip ir pati utilitarinė teorija. Todėl, nors utilitarinė teorija privalo būti neutrali asmeninių preferencijų atžvilgiu, tokių kaip preferencijos, atiduodamos pinbolui ir poezijai, teisingumo teorijos požiūriu ji negali, neprieštaraudama pati sau, būti neutrali savo pačios santykio su nacizmu atžvilgiu. Ji negali vienu metu pripažinti ir pareigą atremti klaidingą teoriją, anot kurios kai kurių žmonių preferencijos turėtų būti labiau paisytinos nei kitų žmonių preferencijos, ir pareigą siekti realizuoti politines preferencijas tų, kurie aistringai pripažįsta tą neteisingą teoriją, – to siekti taip pat energingai, kaip ji siekia bet kurių kitų preferencijų įgyvendinimo. Perskyra, kuria remiasi atsakymas į mano argumentą, – perskyra tarp tiesos ir nacisto politinių preferencijų fakto –

sugriūva, nes jeigu utilitarizmas laiko paisytinu šių preferencijų faktą, jis neigia tai, ko negali paneigti, būtent – kad teisingumas reikalauja iš jo joms oponuoti.

Išvengti šio prieštaravimo galime išskirdami dvi skirtingas utilitarizmo formas ar lygmenis. Pirmoji būtų pristatoma paprasčiausiai kaip silpno pobūdžio teorija apie tai, kaip turėtų būti pasirenkama politinė konstitucija bendruomenėje, kurios nariai atiduoda pirmenybę įvairioms politinių teorijų rūšims. Antroji būtų kandidatė būti taip pasirenkama konstitucija; ji, pavyzdžiui, galėtų teikti argumentų už tokį paskirstymą, kuris maksimizuotų suminį asmeninių preferencijų patenkinimą praktiškai skirstant gėrybes ir galimybes. Tuo atveju pirmoji teorija teigtų tik tai, jog renkantis konstituciją nacisto preferencijoms turėtų būti teikiamas toks pat svoris kaip antrosios rūšies utilitaristo preferencijoms, nes jie abu turi vienodą teisę į tą konstituciją, kuriai kiekvienas iš jų atiduoda pirmenybę, ir šiame teiginyje nebūtų jokio prieštaravimo. Tačiau, žinoma, neutralioji utilitarinė teorija, kurią dabar svarstome, nėra tokios rūšies silpna teorija. Ji siūlo savo teisingumo teoriją kaip visavertę politinę konstituciją, o net tik kaip teoriją, aiškinančią, kaip išsirinkti tokią konstituciją, todėl ji negali išvengti prieštaringumo apeliuodama į kuklumą.

Tačiau tas pats argumentas galioja (nors gal ir ne taip akivaizdžiai) tuomet, kai politinės preferencijos yra ne tokios įprastos ir niekinamos kaip nacistinė teorija, o labiau neformalios ir giedros nuotaikos, tokios kaip Saros gerbėjų, kurie mano, jog jos preferencijos turėtų būti laikomos dvigubai svarbesnėmis. Šie žmonės išties galėtų būti sarokratai, manantys, jog į tokį traktavimą, kokį jie rekomenduoja, ji turi teisę dėl prigimimo ar kitų tik jai vienai būdingų ypatumų. Tačiau nors jų preferencijos kyla iš ypatingo jausmo, o ne iš politinės teorijos, šios preferencijos vis tiek braunasi į erdvę, kurią sava laiko neutralusis utilitarizmas, todėl negali būti laikomos paisytinomis nepaneigiant ginamųjų argumentų, kuriuos teikia utilitarizmas. Taigi mano argumento esmė yra štai kokia. Jeigu utilitarizmas nori figūruoti kaip patrauklios darbinės politinės teorijos sudedamoji dalis, jį reikia patikslinti taip, kad būtų susiaurintas paisytinų

preferencijų ratas, pašalinant tiek formalios, tiek neformalios rūšies politines preferencijas. Vieną labai praktišką būdą pasiekti tokį suvaržymą teikia teisių kaip kozirių, saugančių nuo nevaržomo utilitarizmo, idėja. Visuomenė, įsipareigojusi utilitarizmui kaip bendram pamatiniam pateisinimui, kuris iš principo nediskvalifikuoja jokių preferencijų, galėtų pasiekti tokią diskvalifikaciją, pripažindama teisę į politinę nepriklausomybę: teisę, užtikrinančią, jog skirstant gėrybes ar galimybes niekas nebus nuskriaustas tuo pagrindu, kad kiti mano, jog jis turėtų turėti mažiau gėrybių dėl to, kas jis yra arba nėra, arba dėl to, kad jis kitiems mažiau rūpi nei kiti žmonės. Politinės nepriklausomybės teisės pripažinimo padarinys būtų žydų teisinis imunitetas, saugantis nuo nacistų preferencijų, bei tų, kurie nėra Sara, imunitetas, saugantis nuo preferencijų tų, kurie ją garbina.

Moralinės nepriklausomybės teisė gali būti ginama panašiu būdu. Neutralusis utilitarizmas atmeta idėją, jog kai kurios galimos žmonių ambicijos tvarkantis savo gyvenimą turėtų turėti mažiau įtakos socialinių išteklių ir galimybių atžvilgiu nei kitos, išskyrus tais atvejais, kai šitai yra visų preferencijų svėrimo vienodu pamatu tomis pačios svarstyklėmis pasekmė. Pavyzdžiui, jis atmeta argumentą, jog kai kurių žmonių supratimas, kokia turėtų būti seksualinė patirtis ir kokį vaidmenį toje patirtyje turėtų vaidinti fantazija, ir koks turėtų būti tos fantazijos pobūdis, yra iš principo iškreiptas arba kenksmingas. Tačiau tuomet jis negali (dėl ką tik išnagrinėtų priežasčių) laikyti paisytinomis moralinių preferencijų tų, kurie visgi laikosi tokių nuomonių, skaičiuodama, ar individams, kurie sudaro kokią nors seksualinę mažumą, įskaitant homoseksualus ir pornografijos mėgėjus, turėtų būti draudžiama seksualinė patirtis, kurios jie nori. Moralinės nepriklausomybės teisė įeina į tą pačią teisių kolekciją kaip ir politinės nepriklausomybės teisė, ir yra pateisintina kaip koziris, saugantis nuo nevaržomo utilitarinio draudimą įtvirtinančių įstatymų, nukreiptų prieš pornografiją, gynimo bendruomenėje tų, kuriems atrodo užgauli tiesiog pati idėja, jog jų kaimynai skaito nešvankias knygas, – labai panašiai, kaip pastaroji teisė yra pateisinama kaip

koziris, saugantis nuo mažesnės dalies skyrimo žydams nacistų bendruomenėje arba didesnės Sarai Saros gerbėjų bendruomenėje utilitarinio pateisinimo.

Lieka apsvarstyti, ar abstrakti teisė į moralinę nepriklausomybę, apginta šiuo būdu, vis tiek leistų varžyti viešą pornografijos eksponavimą visuomenėje, kurios preferencijos, nepalankios tam eksponavimui, remtųsi mišriais motyvais, apžvelgtais ankstesnėje dalyje. Tai situacija, kai egalitarinei utilitarizmo orientacijai esama pavojaus ne iš vienos, bet iš dviejų pusių. Tuo mastu, kuriuo svarstomieji motyvai yra moralinės preferencijos dėl to, kaip kiti turėtų elgtis, ir šie motyvai yra laikomi paisytinais, utilitarizmo neutralumas yra sugriaunamas. Tačiau tuo mastu, kuriuo šie motyvai yra visai kitokios rūšies – tokie, kuriuos mes apžvelgėme, akcentuojantys ne tai, kaip kiti turėtų gyventi, o veikiau seksualinės patirties, kurios žmonės nori, pobūdį, ir šių motyvų yra nepaisoma, utilitarizmo neutralumas yra sužlugdomas iš kitos pusės, mat jis tampa beprasmiškai priešiškas toms ypatingoms ir svarbioms ambicijoms tų, kurie tuomet netenka kontrolės esmingai svarbaus savo pačių saviugdos aspekto atžvilgiu. Tad ši situacija nėra tinkamas atvejis, kuris galėtų suteikti argumentą profilaktiškai atsisakyti laikyti paisytinu kokį nors motyvą visuomet, kai negalime būti tikri, jog tas motyvas nėra sumišęs su moralizmu, – mat neteisingumo pavojaus esama abiejose pusėse, o ne vienoje. Alternatyva, kurią aprašiau ankstesniame skirsnyje, yra mažų mažiausiai geresnė nei šitai. Anot jos, varžymas gali būti pateisinamas net tuo atveju, kai negalime būti tikri, jog žmonių preferencijos, atiduodamos suvaržymui, nėra užterštos tos rūšies preferencijų, kurias mes turėtume pašalinti iš sąrašo, su sąlyga, kad žala padaryta tiems, kurie patiria neigiamus padarinius, nėra rimta žala, net jų pačių akimis. Leidimas varžyti viešai eksponuoti pornografiją viena prasme yra kompromisas; tačiau tai kompromisas, rekomenduojamas moralinės nepriklausomybės teisės, kai argumentai už tą teisę jau yra išdėstyti, o ne tos teisės aukojimas.

Harto prieštaravimai

Taigi tie, kurie pripažįsta utilitarizmą kaip bendrą pamatinį pateisinimą pagrįsti politiniams sprendimams, turi gerą pagrindą taip pat pripažinti – kaip to paties paketo dalį – moralinės nepriklausomybės teisę ta forma, kuri, kaip ką tik dėsčiau, paremtų ar įgalintų pagrindines Williamso ataskaitos rekomendacijas. Šią esė užbaigsiu apsvarstydamas kai kuriuos prieštaravimus, kuriuos 1980 metais išsakė H. L. A. Hartas,[166] atsiliepdamas į panašų mano argumentą apie sąsają tarp utilitarizmo ir šių teisių, kurį pateikiau prieš keletą metų.[167] Harto prieštaravimai rodo tai, kas, mano galva, yra totaliai klaidingas šio argumento supratimas, nesupratimas, kurį, kaip dabar matau, paskatino mano ankstesnė formuluotė; todėl galėtų būti pravartu, siekiant apsidrausti nuo panašaus nesupratimo šįkart, perteikti tuos prieštaravimus ir mano motyvus manyti, kad jie iškreiptai suvokia mano argumentą.

Savo ankstesnėje dabar svarstomo argumento formuluotėje įtaigavau, jog jeigu utilitaristas laiko paisytinomis tokias preferencijas kaip Saros gerbėjų preferencijos, tai šitai yra dvigubo paisymo „forma“, nes galiausiai Saros preferencijos yra įskaitomos dukart, vieną kartą į jos pačios sąskaitą, o kitą kartą – kaip antrinės kitų preferencijos, kurios inkorporuoja jos preferencijas nuorodos būdu. Hartas sako, jog taip teigti yra klaidinga, nes iš tikrųjų nė vieno asmens preferencijos nėra įskaitomos dukart, ir Saros gerbėjų preferencijos būtų įskaitytos *nevisavertiškai* (*under*count) – taigi nebūtų traktuojamos kaip lygios, – jeigu jų preferencijos, atiduodamos jai, būtų atmestos kaip neįskaitytinos. Pastarajame argumente būtų galima įžvelgti racionalų grūdą, jei būtų kalbama apie balsus, o ne apie preferencijas, mat jeigu kas nors norėtų balsuoti už Saros, o ne savo paties sėkmę, kalkuliacija jo vaidmenį identifikuotų tik kaip šią dovaną, ir jeigu jo balsas tada būtų atmestas kaip neįskaitytinas, jis išties galėtų skųstis, jog iš jo buvo klasta atimta vienoda galia politinio sprendimo atžvilgiu. Tačiau preferencijos, – kurios figūruoja utilitariniuose skaičiavimuose, – nėra panašios į balsus šia prasme. Tas, kuris praneša daugiau preferencijų utilitariniam kompiuteriui, nesumažina kitų preferencijų svarumo (nebent

nereikšmingai), kurias jis taip pat praneša, įtakos; jis veikiau padidina visų savo preferencijų vaidmenį – palyginti su kitų žmonių preferencijų vaidmeniu – didžiojoje kalkuliacijoje. Taigi tas, kuris atiduoda pirmenybę Saros sėkmei, o ne žmonių apskritai sėkmei, ir įtraukdamas tą preferenciją į nesuvaržytą utilitarinį išskaičiavimą užtikrina Sarai daugiau naudos, pats savo dalies nė kiek nesumažina – užsitikrina ne mažiau to, ko reikia realizuoti jo asmeninėms preferencijoms, – nei kuris nors kitas, abejingas Saros sėkmei.

Aš nemanau, jog mano apibūdinimas, kad jo preferencijų įskaitymas į Saros sąskaitą yra dvigubo įskaitymo forma, yra klaidinamas arba neteisingas. Tačiau šio nusakymo intencija buvo reziumuoti argumentą, o ne jį pateikti, ir aš nesilaikysiu įsikibęs šio konkretaus apibūdinimo. (Kaip pažymi Hartas, aš jį teikiau kalbėdamas tik apie kai kuriuos pateiktus pavyzdžius atvejų, kai nevaržomas utilitarizmas produkuoja akivaizdžiai neegalitarinius rezultatus.) Hartas teikia esmingesnių argumentų apie kitą mano naudotą pavyzdį, kuris suponavo klausimą, ar homoseksualai turi teisę privačiai praktikuoti savo seksualinius polinkius. Jis mano, jog aš noriu pasakyti, „kad jeigu dėl [preferencijų, išreiškiančių moralinį nepritarimą homoseksualams,] susidarančio balanso iš asmenų atimama kokia nors laisvė, sakykime, laisvė palaikyti kokius nors seksualinius santykius, tie, kurie netenka tos laisvės, nukenčia dėl to, kad dėl šio rezultato jų deramos ar pageidautinos gyvenimo formos samprata yra paniekinama kitų, o šitai tolygu traktuoti juos kaip prastesnius arba mažiau vertus už kitus, arba nevertus vienodo rūpesčio ir pagarbos“[168].

Tačiau tai iškreipia mano mintį. Ne utilitarinio išskaičiavimo rezultatas (ar, kaip vėliau tai nusako Hartas, „finalas“) yra ta priežastis, kuri lemia ar pasiekia tai, jog homoseksualai yra niekinami kitų. Veikiau yra atvirkščiai: jeigu iš ko nors atimama seksualinės praktikos laisvė dėl utilitarinio pateisinimo, kuris esmingai priklauso nuo kitų žmonių moralistinių preferencijų, tai jis patiria skriaudą dėl to, jog jo deramo gyvenimo samprata yra jau niekinama kitų. Hartas sako, jog mano argumentacijos „pagrindinis silpnumas“ – bruožas, kuris ją daro „iš pagrindų klaidingą“, – yra tas, jog aš darau prielaidą,

kad jeigu kieno nors laisvė yra apribojama, šitai turi būti interpretuojama kaip jo vienodo traktavimo pamynimas. Tačiau mano argumentas yra tas, kad taip yra ne būtinai – ar netgi kad paprastai taip nėra – o tik tuomet, kai suvaržymas yra pateisinamas kokiu nors būdu, kuris priklauso nuo fakto, jog kiti smerkia jo įsitikinimus ar vertybes. Hartas sako, jog interpretacija, laisvės paneigimą laikanti vienodo rūpesčio atėmimu, yra „mažiausiai įtikima" būtent tuo atveju, kurį aš svarstau, t. y. kai tas atėmimas pateisinamas utilitariniu argumentu, nes, pasak jo, to pateisinimo mintis yra ne ta, kad pralaimančioji mažuma arba jos moraliniai įsitikinimai yra žemi, o tiesiog ta, jog ji yra pernelyg negausi, kad nusvertų daugumos preferencijas, kurios gali būti įgyvendinamos tik iš mažumos atimant laisvę, kurios ji nori. Tačiau čia ir vėl ignoruojama perskyra, kurią aš noriu padaryti. Jeigu utilitarinis pateisinimas, pagrindžiantis seksualinės praktikos laisvės nepripažinimą homoseksualams, gali pavykti nelaikant paisytinomis moralistinių daugumos preferencijų bendrame balanse (o jis galėtų pavykti tuo atveju, jei egzistuotų geras pagrindas patikėti tuo, kas iš tikrųjų yra neįtikėtina, – jog homoseksualumo plitimas sąlygoja smurtinius nusikaltimus), tai draudimo moralas būtų tik tas moralas, kurį įžvelgia Hartas, – jį būtų galima suformuluoti taip: „Neįmanoma apsaugoti visų kiekvieno interesų, ir mažumos interesai turi nusileisti daugumos rūpinimuisi savo saugumu, nors tai ir verta apgailestavimo". Šiame morale, bent jau mano dabar svarstomo argumento kontekste, nėra jokio lygaus traktavimo paneigimo. Tačiau jeigu utilitarinis pateisinimas negali pavykti nesikliaudamas daugumos moralistinėmis preferencijomis, kaip turėtų gyventi mažuma, o valdžia vis dėlto nenori atsisakyti to pateisinimo, tai moralas yra visai kitoks ir, mano požiūriu, bjauresnis. Jis yra būtent tas, jog mažuma turi nukentėti, nes gyvenimą, kurį siūlo jos atstovai, kiti mano esant pasibjaurėtiną, o tai neatrodo labiau pateisinama visuomenėje, įsipareigojusioje traktuoti žmones kaip lygius, nei teiginys, kurį svarstėme anksčiau ir atmetėme kaip nesuderinamą su lygybe, – jog kai kurie žmonės turi kęsti legalią skriaudą dėl to, kad kiti jų nemėgsta.

Hartas pateikia ir daugiau kritinių argumentų. Jis įtaigauja, pavyzdžiui, jog ne kas kita kaip „nesuinteresuotos" politinės liberalų preferencijos sukūrė balansą, palankų įstatymų, draudžiančių homoseksualius santykius, panaikinimui 1967 metais Anglijoje, ir klausia, kaip kas nors galėtų prieštarauti teigdamas, jog *tų* preferencijų laikymas paisytinomis tuo metu pažeidė kieno nors teisę būti traktuojamam kaip lygiam. Tačiau šis klausimas iš pagrindų iškreipia mano argumentą. Aš neteigiu – kaip kas nors galėtų tai teigti? – jog piliečiai demokratijos sąlygomis neturėtų kovoti ir balsuoti už tai, ką jie mano esant teisinga. Klausimas yra ne tas, ar žmonės turi veikti teisingumo labui, bet veikiau – kokį kriterijų mes ir jie turėtume taikyti nustatyti, kas yra teisinga. Utilitarizmas skelbia, jog turėtume taikyti štai kokį kriterijų: mes turime veikti taip, kad pasiektume maksimalų įmanomą preferencijų, kurias aptinkame paplitusias savo bendruomenėje, patenkinimą. Jeigu šį kriterijų pripažintina besąlygiškai, tai patrauklius politinius 7-ojo [XX amžiaus] dešimtmečio liberalų įsitikinimus laikytume tiesiog duomenimis, kuriuos reikia subalansuoti ne tokių abstrakčių kitų išpažįstamų įsitikinimų atžvilgiu, kad pamatytume, kurie pirmavo kiekybės ir intensyvumo varžybose. Tikėtina, jog liberalioji pozicija būtų laimėjusi šias varžybas. Galbūt ir ne.

Tačiau aš visą laiką sakiau, jog tai yra neteisingas kriterijus, o tai žlugdo argumentus už utilitarizmą, jeigu politinės liberalų arba jų oponentų preferencijos yra laikomos paisytinomis ir balansuojamos siekiant nustatyti, ko reikalauja teisingumas. Štai kodėl aš rekomenduoju – kaip privalomą bet kokios visa apimančios politinės teorijos, kurioje utilitarizmas figūruoja kaip pamatinis pateisinimas, dalį – teises į politinę ir moralinę nepriklausomybę. Tačiau liberalai, kurie vykdė kampanijas homoseksualų interesams ginti Anglijoje 7-ajame [XX amžiaus] dešimtmetyje, tikrų tikriausiai nepripažino tokio kriterijaus, kurį aš atmetu. Savo balsavimu ir argumentais jie *išreiškė* savo pačių politines preferencijas, tačiau jie *neapeliuoja į* šių preferencijų populiarumą kaip savaime suteikiantį argumentą už tai, ko jie norėjo, kaip daryti juos būtų skatinęs nesuvaržytas utilitarinis argumentas, kuriam aš oponuoju. Galbūt jie vietoj to apeliavo į

kažką panašaus į moralinės nepriklausomybės teisę. Kad ir kaip ten būtų, jie nesiremia jokiu argumentu, nesuderinamu su ta teise. Taip pat mums nėra reikalo kliautis kokiu nors tokiu argumentu norint pasakyti, jog tai, ką jie padarė, buvo teisinga ir traktavo žmones kaip lygius. Įrodymas yra šis: argumentai už reformą būtų buvę tokie pat stiprūs politinės teorijos požiūriu, net jeigu būtų buvę labai nedaug arba nė vieno heteroseksualo, kurie būtų norėję reformos, nors, žinoma, reforma tuomet nebūtų buvusi praktiškai įmanoma. Jeigu taip, tai negalime pasmerkti reformą produkavusios procedūros tuo pagrindu, jog ta procedūra pažeidė kieno nors teisę į nepriklausomybę.

Harto klaidingą supratimą šiuo atveju be abejonės paskatino mano paties aprašymas, aiškinantis, kaip teisės, kaip antai teisė į moralinę nepriklausomybę, funkcionuoja konstitucinėje sistemoje, tokioje kaip Jungtinių Valstijų, kuri teises naudoja kaip įstatymų leidybos legalumo kriterijų. Aš sakiau, kad šios rūšies konstitucinė sistema yra vertinga, kai bendruomenė kaip visuma slapčia laikosi išankstinių neigiamų nuostatų prieš kokią nors mažumą arba pažiūrų, jog tos mažumos gyvenimo būdas yra užgaulus gero būdo žmonėms. Esant tokiai situacijai, apriorišk ai tikėtina, jog įprastiniame politiniame procese bus priimti sprendimai, kurie neišlaikytų mūsų sukonstruotojo kriterijaus, mat šie sprendimai apribotų mažumos laisvę, tačiau negalėtų būti pateisinti – politinėje teorijoje – niekaip kitaip, kaip tik tariant, jog kai kurie gyvenimo modeliai yra iš principo blogi arba žeminantys, arba laikant paisytinu patį faktą, jog dauguma mano juos tokius esant, kaip to pateisinimo dalį. Kadangi šie *represyvūs* sprendimai tuomet būtų neteisingi – dėl priežasčių, kurias nurodau, – konstitucinės teisės uždraudžia juos iš anksto.

Sprendimas, palankus reformai, kurį aprašo Hartas, nebūtų – negalėtų būti – sprendimas, pateisinamas tik tokiais užgauliais pagrindais. Net jeigu gerybinės liberalios preferencijos figūruotų kaip duomenys, o ne kaip argumentas – o taip, mano manymu, neturėtų būti, – niekas negalėtų pretenduoti į teisę į moralinę ar politinę nepriklausomybę kaip į skydą apsisaugoti nuo sprendimo, kuris buvo iš tikrųjų priimtas. Tačiau kas nors, remdmasis mano sprendimu,

galėtų padaryti išvadą, jog iš tikrųjų aš smerkiu bet kokį politinį procesą, kuris leistų priimti vienokį ar kitokį sprendimą, jeigu žmonių motyvai remti vieną sprendimą, o ne kitą, tikėtina, nesutampa su jų pačių asmeniniais interesais. Aš viliuosi, jog dabar yra aišku, kodėl tai klaidinga. *Tokia* pozicija neleistų demokratijos sąlygomis balsuoti už socialinės apsaugos programas arba užsienio pagalbą, arba paveldo išsaugojimą ateinančioms kartoms. Išties, nesant tinkamos konstitucinės sistemos, vienintelė viltis teisingumui yra būtent ta, jog žmonės balsuos vadovaudamiesi nesuinteresuotu teisingumo jausmu. Aš smerkiu politinį procesą, kuris remiasi prielaida, kad tas faktas, jog žmonės turi tokių motyvų, pats yra dalis politinės moralės argumentų už tai, kam jie rodo savo palankumą. Harto heteroseksualūs liberalai būtų galėję teikti štai kokį argumentą savo bendrapiliečiams. „Mes žinome, jog daugeliui iš jūsų homoseksualių santykių idėja atrodo problemiška ir netgi užgauli. Kai kurie iš mūsų manome taip pat. Tačiau jūs turite pripažinti, jog būtų paneigta lygybė – moralinės nepriklausomybės forma, – jeigu faktas, jog mes turime tokių jausmų, būtų laikomas paisytinu kaip pateisinimas baudžiamiesiems teisės aktams. Kadangi taip yra, iš tikrųjų mes neturime jokio pateisinimo dabar galiojančiai teisei, ir turėtume, kad būtume ištikimi teisingumui, ją reformuoti." Niekas šiame argumente neskelbia paisytinu fakto, jog liberalai arba tie, į kuriuos jie apeliuoja, aplinkybių valia laikosi kokių nors konkrečių politinių preferencijų ar įsitikinimų, kaip savaime pakankamo argumento: argumentas yra teikiamas apeliuojant į teisingumą, o ne į tą faktą, jog daugelis žmonių nori teisingumo. Tame argumente nėra nieko, kas netraktuotų homoseksualų kaip lygių. Priešingai. Tačiau būtent tai ir yra mano argumentas.

Kai kuriuos iš kitų Harto prieštaravimų apsvarstysiu visus drauge. Jis pažymi mano teiginį, jog teisės, kurias turi žmonės, priklauso nuo pamatinio pateisinimo ir nuo politinių institucijų, taip pat sudarančių svarbią plotmę, nes argumentas už bet kokią konkrečią teisę turi pripažinti tą teisę kaip dalį sudėtingo kitų prielaidų ir praktikų, kurias ji koziriuoja, paketo. Tačiau jam šitai atrodo keista. Gali būti prasminga sakyti, pažymi jis, jog esant tam tikroms valdymo formoms,

žmonėms *reikia* mažiau teisių nei kitų sąlygomis. Tačiau ar prasminga sakyti, jog vienoje, bet ne kitoje situacijoje jie *turi* mažiau teisių? Jis taip pat prieštarauja mano sugestijai (sudarančiai argumento, kurį pateikiau paskutiniame skirsnyje, esmę), jog teisės, kurios ilgą laiką laikytos teisėmis į laisvę, tokios kaip homoseksualų teisė į seksualinės praktikos laisvę arba pornografijos mėgėjų teisė privačiai žiūrėti tai, kas jiems patinka, iš tikrųjų yra (bent jau moderniųjų demokratijų aplinkybėmis) teisės būti traktuojamiems kaip lygiems. Šis teiginys, kurį Hartas pavadina „fantastiniu", turėtų, pasak jo, tą implikaciją, jog tironas, uždraudęs vieną seksualinės praktikos formą arba vienos religijos praktiką, iš tikrųjų pašalintų blogį, o ne jį padidintų, jeigu išplėstų savo draudimo galią, kad apimtų visą seksą ir visas religijas ir šiuo būdu pašalintų traktavimo nelygybę. Seksualinės ar religinės praktikos draudimo ydingumas, sako jis, yra tas, jog jis naikina laisvę, o ne lygią laisvę; kaltinimą papildant lygybės pažeidimu, lygybė paverčiama tuščia ir jokios funkcijos neatliekančia idėja, nenumatančia jokio veiksmo padėčiai keisti.

Šie įvairūs prieštaravimai yra akivaizdžiai susiję, nes jie suponuoja, jog tos teisės, kurias turi žmonės, yra – bent jau didžioji jų dalis – belaikės teisės, reikalingos apsaugoti tvariems ir svarbiems interesams, įrašytiems žmogaus prigimtyje ir fundamentaliems žmogaus raidai, tokiems kaip interesas rinktis sekso partnerius ir aktus, ir religinius įsitikinimus. Tai – įprasta teorija apie tai, kokios yra teisės ir kokia jų paskirtis, ir, kaip sakiau, šioje esė nedėstysiu savo motyvų manyti, jog galiausiai ši teisių teorija yra neadekvati. Aš išties sakiau, jog negalima tikėtis, kad ši teorija produkuos mano svarstomos teisės, būtent moralinės nepriklausomybės teisės, taikomos pornografijos vartojimui, apgynimo argumentaciją, nes atrodo neįtikinama, jog kokiems nors svarbiems žmogaus interesams padaroma žala atimant nešvankias knygas arba filmus. Tačiau šis argumentas ne itin stiprus kaip argumentas prieš bendrą fundamentalius interesus postuluojančią teisių teoriją, mat tie, kurie pripažįsta tą teoriją, galėtų būti pasirengę pripažinti – galbūt net ginti teiginį, – jog apeliavimas į teises ginant pornografijos mėgėjus yra klaida, kuri nupigina teisių

idėją, ir kad politinėje moralėje nesama nieko, kas smerkia visišką pornografijos uždraudimą, jeigu būtent tai geriausiai realizuos bendruomenės kaip visumos preferencijas.

Mano tikslas yra išplėtoti teisių teoriją, kuri yra priklausoma nuo kitų politinės teorijos elementų, ir išsiaiškinti, kokiu mastu ta teorija galėtų būti sukonstruota iš be galo abstrakčios (tačiau toli gražu ne tuščios) idėjos, jog valdžia privalo traktuoti žmones kaip lygius. Ta teorija teises daro reliatyvias tik viena prasme. Stengiuosi parodyti, kaip teisės dera su skirtingais paketais, todėl noriu suprasti, pavyzdžiui, kokios teisės turėtų būti pripažįstamos kaip koziriai, saugantys nuo naudos išskaičiavimų, jeigu naudingumas laikomas – kaip ir turėtų būti daugelio žmonių manymu – kaip deramas pamatinis pateisinimas. Tai svarbus klausimas, nes, kaip sakiau, bent jau neformalios rūšies utilitarizmas jau kurį laiką buvo pripažįstamas praktinėje politikoje. Jis teikė, pavyzdžiui, efektyvų pateįsinimą daugumos suvaržymų, taikomų mūsų laisvei, remdamasis teise, kurią mes pripažįstame kaip tinkamą. Tačiau iš šio tyrimo negalima daryti išvados, jog aš turiu pasisakyti už utilitarizmo paketą (kartais sakoma, jog aš pasisakau už jį)[169] drauge su teisėmis, kurių reikalauja utilitarizmas kaip geriausias paketas, kokį įmanoma sukonstruoti. Aš neturiu to daryti. Nors teisės yra neatsiejamos nuo paketų, vienas paketas vis tiek gali būti pasirinktas vietoj kitų kaip geresnis, ir aš abejoju tuo, jog galiausiai išvis koks nors paketas, pagrįstas kokia nors žinoma utilitarizmo forma, pasirodys esąs geriausias. Iš mano argumento taip pat nekyla išvada, jog nesama jokių teisių, kurios privalo įeiti į bet kokį apginti galimą paketą – jokių teisių, kurios šia prasme yra natūralios teisės, – nors argumentas, jog tokių teisių esama, ir paaiškinimas, kokios šios teisės yra, akivaizdu, turi būti plėtojamas visai kitokiu būdu nei tas kelias, kurio laikiausi dėstydamas argumentus už teisę į moralinę nepriklausomybę kaip kozirio, saugančio nuo utilitarinių pateisinimų.

Tačiau jeigu teisės figūruoja sudėtinguose politinės teorijos paketuose, tai dairytis į teises ieškant vienintelio apsigynimo nuo kvailų arba korumpuotų politinių sprendimų yra ir nereikalinga, ir pernelyg primityvu. Be abejonės, Hitleris ir Neronas pažeidė tas teises,

kurias suteiktų bet kokia įtikinama politinė teorija; tačiau taip pat teisinga tai, jog blogis, kurį lėmė šie monstrai, negalėtų rasti jokios paramos net pamatiniame bet kokios tokios teorijos pateisinime. Tarkime, jog koks nors tironas (Angelas, nupuolęs į dar kraupesnę beprotybę) išties visiškai uždraudžia seksą, nustatydamas mirties bausmę, arba uždraudžia visą religinę praktiką bendruomenėje, kurios visi nariai yra pamaldūs. Turėtume sakyti, jog tai, ką jis padarė (arba mėgino padaryti), buvo sveiku protu nesuvokiama arba perversiška, arba kad jam absoliučiai nerūpėjo jam pavaldūs piliečiai, o toks rūpestis yra elementariausias reikalavimas, kurį politinė moralė nustato tiems, kurie valdo. Galbūt mums nė nereikia lygybės idėjos, kad paaiškintume pastarąjį reikalavimą. (Aš čia tyčia kalbu atsargiai.) Tačiau mums nereikia ir teisių idėjos.

Teisių, kaip savarankiško politinės teorijos elemento, mums reikia tik tuomet, kai koks nors sprendimas, padarantis skriaudą kokiems nors žmonėms, vis dėlto randa *prima facie* paramą teiginyje, jog jis padarys visos bendruomenės padėtį geresnę pagal kokį nors įtikinamą aiškinimą, kas sudaro bendruomenės bendrąją gerovę. Tačiau pats natūraliausias bet kokio prieštaravimo, kurį galėtume pateikti tokiam sprendimui, šaltinis yra tas, jog per savo susirūpinimą gerove ar klestėjimu, ar žmonių laime visumos mastu, arba kokio nors bendruomenėje plačiai išpažįstamo intereso įgyvendinimu, tas sprendimas skiria nepakankamai dėmesio savo sukelsimiems padariniams mažumai; ir koks nors apeliavimas į lygybę atrodo natūrali išraiška prieštaravimo, kylančio iš to šaltinio. Mes norime pasakyti, jog sprendimas yra neteisingas, nepaisant jo tariamos dorybės, dėl to, kad jis deramu būdu neatsižvelgia į žalą, kurią jis padaro kai kuriems žmonėms, taigi netraktuoja šių žmonių kaip lygių, turinčių teisę į tokį patį rūpestį kaip kiti.

Šitoks kaltinimas niekuomet nėra save įrodantis. Jį reikia išplėtoti, pasitelkiant kokią nors teoriją, aiškinančią, ko reikalauja vienodas rūpestis, arba – kaip mano pasiūlyto argumento atveju – aiškinančią, kokius to vienodo rūpesčio reikalavimus suponuoja pats pamatinis pateisinimas. Kiti neišvengiamai atmes bet kokią šitokią

teoriją. Kas nors galėtų teigti, pavyzdžiui, jog vienodas rūpestis reikalauja tik kad žmonėms būtų duota tai, ką turėti jie turi teisę, kai jų preferencijos yra pasveriamos vienomis svarstyklėmis su kitų preferencijomis, įskaitant politines ir moralines preferencijas. Tuo atveju (jeigu aš teisus, jog teisę į seksualinę laisvę pagrindžia lygybė) jis daugiau neberemtų tos teisės. Tačiau kaip jis galėtų tai pagrįsti? Tarkime, jog sprendimas uždrausti homoseksualumą net privačiai yra sprendimas, kuris priimamas taip subalansavus preferencijas, kad tas balansas, jo manymu, gerbia lygybę. Jis negalėtų pasakyti, jog nors šis sprendimas homoseksualus traktuoja kaip lygius, suteikdamas jiems viską, ko reikalauja vienodas rūpinimasis jų situacija, sprendimas vis vien yra neteisingas, nes jis pažeidžia jų laisvę. Jeigu tam tikri suvaržymai, taikomi laisvei, gali būti pateisinami preferencijų balansu, kodėl šitaip negali būti pateisintas šis suvaržymas?[170] Tarkime, jog jis griebiasi idėjos, kad seksualinė laisvė yra fundamentalus interesas. Tačiau ar žmonės traktuojami kaip lygūs, kai pažeidžiami jų fundamentalūs interesai siekiant nereikšmingų naudingų efektų labai dideliam skaičiui kitų piliečių? Galbūt jis pasakys – taip, jie traktuojami kaip lygūs, nes balansavimo procese buvo paisoma fundamentinio pažeidžiamų interesų pobūdžio, tad jeigu šie yra nusveriami, tai yra įrodyta, jog naudingi efektai kitiems, bet jau sumoje, yra per dideli teisingumo požiūriu, kad juos būtų galima ignoruoti. Tačiau jeigu taip yra, tai nusvertosios mažumos interesų gerbimas būtų skirti mažumai daugiau dėmesio, nei leidžia lygybė, o tai yra favoritizmas. Tuomet kaip jis gali prieštarauti sprendimui, kurį priėjo subalansavimo procesas? Taigi jeigu kas nors iš tikrųjų mano, jog homoseksualių santykių draudimas homoseksualus traktuoja kaip lygius, kai tai yra sprendimas, prieitas nevaržomu utilitariniu balansavimu, jis atrodo neturįs jokių labai įtikinamų pagrindų, kurių dar liktų sakyti, jog tas sprendimas vis dėlto pažeidžia jų teises. Mano hipotezė, jog teisės, kurios tradiciškai buvo apibūdinamos kaip išvestos iš bendrosios teisės į laisvę, iš tiesų yra išvestos iš lygybės, galiausiai gali pasirodyti klaidinga. Tačiau ji nėra, kaip Hartas sako, „fantastinė“.

18. Farberio byla: žurnalistai ir informatoriai*

1978 metais dr. Mario Jascalevichius pateko į teisiamųjų suolą Niudžersyje už ligoninės pacientų žmogžudystę nunuodijant kurare alkaloidu 1965 ir 1966 metais. Kaltinimai jam buvo tiesioginis rezultatas straipsnių ciklo apie šių pacientų mirtį, kurį *The New York Times* dienraščiui parašė žurnalistas Myronas Farberis. Jascalevichiaus advokatas Raymondas Brownas įteikė proceso teisėjo prašymą nurodyti Farberiui ir *Times* perduoti gynybai visus užrašus, atmintines, interviu įrašus bei kitą medžiagą, kurią Farberis buvo surinkęs savo tyrimo metu. Teisėjas Arnoldas vietoj to davė nurodymą visą šitokią medžiagą perduoti jam, kad jis pats galėtų nuspręsti, ar kas nors joje yra pakankamai reikšminga, kad turėtų būti pateikta Brownui. Farberis atsisakė vykdyti šį įsakymą ir buvo įkalintas už teismo negerbimą, tačiau vėliau buvo paleistas. *Times* iš pradžių atsisakė pateikti bet kokią medžiagą, esančią jo žinioje, ir taip pat buvo nusbaustas už teismo negerbimą ir priverstas mokėti stambias baudas kasdien. Vėliau jis perdavė kai kurias dosjė, tačiau teisėjas, kuris skyrė tas baudas – teisėjas Trautweinas – apkaltino jį tuo, jog tie dokumentai buvo „apvalyti", ir nepanaikino sankcijų už teismo negerbimą.

Farberis ir *Times* apskundė šį sprendimą Niudžersio Aukščiausiajam teismui, teigdami, dviem skirtingais pagrindais, jog teisėjo Arnoldo įsakymas buvo neteisėtas. Jie argumentavo, jog tas įsakymas nusižengė Niudžersio „Apsaugos įstatymui" (*Shield Law*), kuris numato, jog bet kokiame teisiniame procese žurnalistas „turi privilegiją

* Pastaba. Pirmą kartą publikuota *The New York Review of Books,* October 26, 1978. © Ronald Dworkin.

atsisakyti atskleisti" bet kokį „šaltinį" arba „žinias ar informaciją, įgytą jo profesinės veiklos vykdymo metu". Jie taip pat argumentavo, jog – visiškai nepriklausomai nuo Apsaugos įstatymo – tas įsakymas pažeidė jų teises, suteikiamas Jungtinių Valstijų Konstitucijos Pirmosios pataisos, kuri numato spaudos laisvę.

Kiekvienas iš šių teisinių argumentų yra kontroversiškas. Galima ginčyti, jog kadangi Apsaugos įstatymas pripažįsta žurnalistams privilegiją neatskleisti informacijos, kuri, tikėtina, galėtų patvirtinti kaltinamojo nekaltumą, jis yra nekonstitucinis, nes nepripažįsta kaltinamojo teisės į teisingą teismą – teisės, garantuojamos Šeštosios pataisos. Jeigu taip, tai teisėjas Arnoldas veikė teisingai, kai pareikalavo Farberio užrašus ir medžiagą pateikti jam asmeniškai, kad galėtų nuspręsti, ar kas nors joje galėtų būti panaudota kaip parama dr. Jascalevichiaus nekaltumui.

Į Pirmąją pataisą apeliuojantis argumentas yra dar silpnesnis. Aukščiausiasis teismas 1972 m. priimtame bylos *Branzburg v. Hayes* sprendime paneigė, jog Pirmoji pataisa automatiškai suteikia žurnalistams privilegiją neatskleisti šaltinių ir kitos informacijos teisiniame procese. Keturi iš penkių daugumą sudariusių teisėjų kategoriškai pareiškė, jog žurnalistai neturi jokios specialios privilegijos pagal Pirmąją pataisą, be tų, kurias turi paprasti piliečiai. Teisėjas Powellas sutiko, jog tose bylose, kurias nagrinėjo Teismas, žurnalistai neturi privilegijų, kurias jie tvirtino turį. Tačiau trumpoje ir mįslingoje paralelinėje nuomonėje jis pridūrė, jog tam tikromis aplinkybėmis Pirmoji pataisa galėtų reikalauti iš teismų ginti žurnalistus nuo įsakymų atskleisti informacijos šaltinius – įsakymų, kurie netarnauja „jokiam teisėtam teisės įgyvendinimo reikalui". Jis kalbėjo apie reikalą atrasti „deramą pusiausvyrą tarp spaudos laisvės ir visų piliečių prievolės duoti svarbius parodymus dėl nusikalstamo elgesio".

Powello nuomonės aš neinterpretuoju kaip pripažįstančios Pirmosios pataisos privilegiją, saugančią nuo įsakymų atskleisti informacijos šaltinius kaltinamojo atsakovo prašymu, o šitai yra visai kas kita nei prokurorų ar kitų teisės įgyvendinimo instancijų reikalavimas

atskleisti šaltinius. Tačiau valstijos teismai nesutarė dėl to, kokia Powello nuomonės interpretacija yra teisinga, ir kai kurie pripažino žurnalisto privilegiją neišviešinti informacijos, kurios reikalauja gynyba, kai paaiškėja, kad ta informacija geriausiu atveju būtų tik netiesiogiai svarbi gynybos argumentacijai. Tačiau net jeigu ši Powello nuomonės interpretacija yra teisinga, teisėjas Arnoldas, įsakydamas jam asmeniškai pateikti medžiagą, kad galėtų nustatyti jos reikšmingumą ir svarbą gynybai bei tai, kokiu mastu tą medžiagą išviešinus būtų pakenkta spaudos laisvei, pasielgė teisingai.

Taigi verta mažų mažiausiai suabejoti tuo, jog teisiniai argumentai, kuriais kliovėsi Farberis ir *Times,* yra protingi. Tačiau ši istorija buvo viešų debatų objektas ne kaip techninė teisinė problema, bet kaip įvykis, keliantis svarbių politinio principo klausimų. Komentatoriai sako, jog šis ginčas yra konfliktas trap dviejų fundamentalių politinių teisių, kurios abi yra saugomos Konstitucijos. Farberis ir *Times* (kurį parėmė daugelis kitų spaudos leidinių ir žurnalistų) apeliavo į laisvo žodžio ir publikavimo teisę; jie teigė, jog ši teisė – be galo svarbi demokratijoje – yra pažeidžiama, kai spauda verčiama vykdyti įsakymus, kurie mažina jos pajėgumą rinkti informaciją.

Tie, kurie palaikė teisėją Arnoldą, teigė, jog laisvo žodžio ir publikavimo teisė, nors fundamentaliai svarbi, nėra absoliuti ir kartais turi nusileisti konkuruojančioms teisėms. Todėl jie rėmėsi principu, kurį laikė pirmaeiliu, – jog kaltinamasis atsakovas turi teisę į teisingą teismą – teisę, kuri, pasak jų, apima teisę panaudoti visokią medžiagą, kuri, kaip jis galėtų pagrįstai manyti, teikia paramą jo nekaltumui įrodyti. Abi pusės darė prielaidą, jog šiomis aplinkybėmis viena arba abi svarbios pilietinės teisės turi būti tam tikru laipsniu paaukotos kompromisui, nors ir nesutarė, kaip rasti tokį kompromisą.

Tačiau ta joms bendra prielaida yra klaidinga. Privilegija, į kurią pretendavo Farberis, neturi nieko bendra su politine teise kalbėti ar publikuoti netrukdomam cenzūros ar suvaržymų. Joks pareigūnas jam neliepė nevykdyti tyrimo ar neskelbti spaudoje to, ką jis nori, arba negrasino laisvės atėmimu dėl to, ką jis paskelbė. Teisėjo Arnoldo

įsakymas buvo visai kitas dalykas nei vyriausybės mėginimas neleisti *The New York Times* publikuoti Pentagono dokumentų arba siekis, kad būtų taikomas teisinis persekiojimas Danieliui Ellsbergui, ar netgi pilietinės akcijos prieš Franką Sneppą. Be abejonės, visuomenei naudinga, kad žurnalistai turi galimybę prieiti prie valstybės paslaptį sudarančios informacijos. Tačiau tai nėra kieno nors teisių dalykas. Klausimas, iškeltas *Farberio* bylos, yra ne sunkus klausimas, kaip rasti kompromisą tarp konkuruojančių teisių, o kitoks klausimas – kokiu mastu žurnalistų našumas, vertinamas visuomenės, vis dėlto turi būti aukojamas tam, kad būtų užtikrinta, jog nė kiek nenukentės teisė į teisingą teismą.

Viešas ginčas dėl *Farber* bylos nepažymėjo svarbios perskyros tarp dviejų rūšių argumentų, kurie naudojami pateisinti juridinei normai ar kokiam nors kitam politiniam sprendimui. *Principo* pateisinimai tvirtina, jog tam tikra norma yra būtina tam, kad būtų apsaugota individuali teisė, kurią koks nors asmuo (ar galbūt grupė) turi kitų žmonių atžvilgiu, arba visuomenės ar valdžios kaip visumos atžvilgiu. Įstatymai, draudžiantys diskriminaciją, tokie kaip įstatymai, draudžiantys išankstinę neigiamą nuostatą įdarbinant ar skiriant gyvenamąjį plotą, gali būti pateisinti remiantis principo argumentais: individai išties turi teisę skirstant tokius svarbius išteklius nepatirti skriaudos, motyvuojamos tuo, jog kiti niekina jų rasę.

Tuo tarpu *politinės nuostatos* pateisinimas tvirtina, jog tam tikra norma yra pageidautina dėl to, kad ta norma tarnaus bendrajam interesui, t. y. visos visuomenės naudai. Pavyzdžiui, vyriausybės subsidijos kai kuriems ūkininkams gali būti pateisinamos ne tuo pagrindu, jog šie ūkininkai turi kokią nors teisę į išskirtinį traktavimą, bet dėl to, kad, kaip manoma, subsidijų skyrimas jiems pakels ekonominę visos bendruomenės gerovę. Žinoma, konkrečią normą gali pateisinti abiejų rūšių argumentai. Pavyzdžiui, gali būti teisinga tiek tai, jog labai skurdžiai gyvenantys žmonės turi teisę į nemokamą medicinos priežiūrą, tiek ir tai, kad sveikatos priežiūros užtikrinimas jiems tarnaus bendram interesui, nes užtikrins sveikesnę darbo jėgą.

Tačiau ta perskyra vis tiek yra didžiai svarbi, nes kartais principas ir politinė nuostata teikia priešingus argumentus, ir kai taip atsitinka (jeigu politinės nuostatos motyvai nėra tokie dramatiškai svarbūs, kad jeigu jų bus nepaisoma, bendruomenė patirs katastrofą), politinė nuostata turi nusileisti principui. Pavyzdžiui, dažniausiai manoma, jog nusikalstamumas sumažėtų, teismo procesai būtų ne tokie brangūs ir visos bendruomenės padėtis būtų geresnė, jei būtų atsisakyta griežtų baudžiamojo proceso procedūrinių normų, saugančių nuo nekalto nuteisimo, sumokant neišvengiamą kai kurių kaltųjų išteisinimo kainą. Tačiau tai – politinės nuostatos argumentas prieš šias procedūrines normas, taigi jis nepateisintų šių normų sušvelninimo, jeigu tie, kurie yra kaltinami nusikaltimu, turi teisę (o anot daugumos liberalų, jie ją turi) į apsaugą, kurią suteikia tos normos.

Perskyra tarp principo ir politinės nuostatos yra svarbi *Farber* bylai, nes argumentai, kuriuos pateikė Farberis ir *Times,* gindami specialią korespondento privilegiją neatskleisti informacijos, buvo politinės nuostatos, o ne principo argumentai. Aš nenoriu pasakyti, jog klasikiniai Pirmosios pataisos argumentai yra politinės nuostatos argumentai; priešingai, Pirmosios pataisos šerdis yra principo dalykai. Individualūs piliečiai turi teisę išreikšti save nekliudomi valdžios cenzūros; joks pareigūnas negali riboti turinio to, ką jie sako, net jeigu tas pareigūnas mano turįs gerų politinės nuostatos motyvų taip daryti ir net jeigu jis yra teisus. Daugelis amerikiečių manė, jog jų nacionalinis interesas yra cenzūruoti tuos, kurie oponavo karui Vietname. Be jokios abejonės, Skokio (*Skokie*) (Ilinojaus valstija) bendruomenės interesas buvo tas, kad Amerikos nacistų partijai būtų uždrausta marširuoti per šį miestelį. Tačiau principo požiūriu protestuojantieji prieš karą turėjo Konstitucijos ginamą teisę kalbėti, o nacistai – teisę marširuoti, ir teismai taip ir nusprendė.

Žurnalistai, apžvalgininkai, komentatoriai, autoriai ir romanistai turi tokią pačią laisvos saviraiškos teisę kaip kiti piliečiai, nepaisant didelės spaudos galios. Peteris Zengeris, kolonijinis laikraščio savininkas, su kuriuo buvo kartais lyginamas Farberis, buvo nuteistas

dėl to, kad spaudoje užsipuolė gubernatorių, o Pirmosios pataisos spaudos klauzulės objektas yra uždrausti tokią cenzūros formą. Tačiau principo požiūriu žurnalistai neturi kokios nors didesnės teisės į laisvą žodį nei kas nors kitas.

Tačiau būna politinės nuostatos motyvų, kurie gali pateisinti specialias normas, padidinančias žurnalistų galią vykdyti tyrimą. Jeigu jų konfidencialūs šaltiniai yra saugomi nuo atskleidimo, su jais kalbėsis daugiau žmonių, kurie bijo viešumo, ir visuomenė gali turėti naudos. Pavyzdžiui, esama ypatingo konfidencialumo poreikio ir ypatingo viešo suinteresuotumo sužinoti, ką gali pasakyti informatoriai, kai informatorius yra pareigūnas, pranešantis apie korupciją arba pareigūnų prasižengimus, arba kai informacija yra apie nusikaltimą.

Tai politinės nuostatos argumentas, pateisinantis Apsaugos įstatymus, kuriuos yra priėmusios daugelis valstijų, tokius kaip anksčiau aprašytasis Niudžersio įstatymas, – argumentas, kuris pateisina ir įvairias kitas specialias privilegijas, kuriomis naudojasi žurnalistai. Antai Teisingumo departamentas patvirtino gaires, kuriose nurodo savo pareigūnams nereikalauti konfidencialios informacijos iš žurnalistų, jeigu ta informacija nėra lemiamos reikšmės ir nėra neprieinama iš kitų šaltinių. Ypatinga spaudos pozicija yra pateisinama ne dėl to, kad žurnalistai turi ypatingas teises, bet dėl to, kad yra manoma, jog bendruomenė kaip visuma turės naudos iš jų ypatingo traktavimo, lygiai kaip kviečius auginantiems ūkininkams galėtų būti suteikta subsidija ne dėl to, kad jie turi teisę į ją, bet dėl to, kad bendruomenė iš to turės naudos.

Paties *Times* argumentai patvirtino, jog privilegija, kurios jis reikalavo, yra politinės nuostatos, o ne principo dalykas. Jis teigė, jog svarbūs šaltiniai „išdžiūtų“, jeigu teisėjo Arnoldo nutarimas būtų paliktas galioti. Sunku įvertinti šį argumentą, nors jis išties atrodo stiprus, net kaip politinės nuostatos argumentas. Aukščiausiojo teismo nutartis *Branzburg v. Hayes* byloje, nors jos bendrą galiojimo apimtį galima ginčyti, aiškiai skelbė, jog žurnalistas gali būti verčiamas atskleisti savo šaltinius, kai ta informacija būtų esminės svarbos atsa-

kovo gynimui, tai konstatavus bylos teisėjui. Todėl net dabar žurnalistai negali – arba neturėtų – vienareikšmiškai žadėti informatoriui konfidencialumą. Bet koks šitoks pažadas privalo būti patikslintas – jeigu žurnalistas yra skrupulingas – paaiškinant, jog tam tikromis aplinkybėmis, ne visisiškai apibrėžtomis ankstesnių teismo nutarčių ir negalimomis numatyti iš anksto, teismas gali teisėtai pareikalauti atskleisti informacijos šaltinius.

Teisėjo Arnoldo įsakymas Farberio byloje – kad jam būtų leista įvertinti žurnalisto užrašus, kad nustatytų, ar kokia nors medžiaga ten būtų svarbi atsakovo gynybos argumentacijai, nors gynyba ir nebuvo įrodžiusi, kad tokios medžiagos egzistavimas yra tikėtinas, – galima teigti, išplėtė *Branzburg* byloje nustatyto konfidencialumo apribojimo galią. Tačiau yra neaišku, kiek tas išplėtimas – jei išvis – padidino pavojų, jog išviešinimas galiausiai bus padarytas, ir neaišku, ar daug informatorių, dar neatgrasinti *Branzburg* sprendimo, būtų atgrasinti papildomo pavojaus, jog informacijos šaltiniai bus atskleisti vien teisėjui. Tad yra visiškai spekuliatyvu spėlioti, kokiu mastu nukentėtų bendroji gerovė, jeigu informacija, kurią galėtų suteikti tos ypatingos rūšies informatoriai, būtų prarasta.

Tačiau bet kuriuo atveju šis politinės nuostatos argumentas, kad ir koks stiprus ar silpnas kaip politinės nuostatos argumentas, turi nusileisti atsakovo tikrosioms teisėms į teisingą teismą, net jei dėl to kiek nors nukenčia bendroji gerovė. Jis nesuteikia geresnio pagrindo paminti šias teises nei pagrindas, kurį teikia politinės nuostatos argumentas, ginantis kaltesnių nusikaltėlių nuteisimą, paminti teises tų, kurie galbūt yra nekalti. Abiem atvejais kyla ne konkuruojančių teisių klausimas, o tik klausimas, ar bendruomenė mokės tą kainą, kurios reikalauja pagarba individualioms teisėms, paaukodama viešąjį patogumą ar gerovę. Populiarių debatų dėl *Farber* bylos retorika, kuri suponavo, jog spauda turi teisių, kurias reikia „balansuoti" atsakovo teisių atžvilgiu, buvo iš pagrindų klaidinanti.

Ji, be to, ir pavojinga, nes ši retorika painioja ypatingas politinės nuostatos pagrindais pateisinamas privilegijas, kurių reikalauja spauda, su tikromis Pirmosios pataisos teisėmis. Net jeigu ši išskirtinė

privilegija turi kokį nors konstitucinį statusą (kaip įtaigauja keturi kitos nuomonės laikęsi teisėjai *Branzburg* byloje), ji buvo ir toliau bus labai apribota – skirta apsaugoti įvairiems kitiems principams ir politinėms nuostatoms. Būtų negerai, jeigu šie neišvengiami apribojimai būtų suprantami kaip signalizuojantys rūpinimosi žodžio laisvės teisėmis apskritai menkimą. Tuomet jie galėtų būti suvokiami kaip precedentai, pateisinantys tos fundamentinės teisės sąžiningus apribojimus – pavyzdžiui, kaip precedentai, pateisinantys politinių pareiškimų cenzūravimą saugumo sumetimais.

Ir saugiau, ir tiksliau konfidencialumo privilegiją, į kurią pretenduoja spauda, nusakyti ne kaip konstitucinės teisės į saviraiškos laisvę ar publikavimą dalį, bet kaip privilegiją, atvirai grindžiamą veiksmingumu, tokią kaip privilegija neįvardyti savo informatorių, į kurią pretenduoja FTB, arba vykdomojo pareigūno privilegija neperduoti įrašų, kurią tarėsi turįs Nixonas. Byloje *Rovario v. United States* Aukščiausiasis teismas paskelbė, jog nei FTB, nei jo informatoriai neturi jokios teisės (net *prima facie* teisės) į slaptumą, nors pripažino, jog dėl politinės nuostatos priežasčių būtų išmintinga teismams nereikalauti atskleisti informacijos šaltinį, nesant jokio pozityvaus įrodymo, kad ta informacija bus svarbi gynybai.

Prezidento vykdomosios valdžios privilegija, kaip Teismas pabrėžė Nixono byloje, yra ne jo turimos teisės arba valdžios apskritai teisių dalykas. Tai privilegija, suteikiama dėl politinės nuostatos priežasčių, kad valdžios pareigūnas galėtų efektyviai funkcionuoti, todėl jos reikia nepaisyti, kai esama priežasties manyti, jog kitas viešasis interesas – visuomenės interesas būti apsaugotai nuo valdininkų savivaldžiavimo – reikalauja tos privilegijos suvaržymo. Jeigu stiprūs politinės nuostatos argumentai už valdžios pareigūno privilegiją turi būti atidėti į šalį tais atvejais, kai ta privilegija sužlugdytų nusikaltimo teisinį persekiojimą, tai *a fortiori* žurnalisto privilegija, remiama silpnesnių politinės nuostatos argumentų, turi būti ignoruojama, kai ji kertasi su atsakovo teise surinkti medžiagą, kuri gali patvirtinti jį esant nekaltą.

Taigi klausimas, kilęs *Farber* byloje, yra būtent klausimas, kokiu mastu atsakovo moralinė ir konstitucinė teisė į informaciją galioja ne tik žurnalistų atžvilgiu, bet ir bet kurio asmens, turinčio informacijos, kurios nori atsakovas. Keletas sumanių komentatorių, kurie neginčija, jog žurnalisto privilegija turi būti ignoruojama, jeigu rūpimoji informacija yra gyvybiškai svarbi gynybai, vis tiek tvirtina, jog teisėjo Arnoldo įsakymas šiuo atveju buvo neteisingas, nes Brownas, advokatas, nebuvo pagrįstai įrodęs perspektyvos, jog Farberio užrašai bus svarbūs jo ginamajai argumentacijai. Jie nurodo, jog būtų nepriimtina, jei kiekvienas nusikaltimu kaltinamas atsakovas galėtų per teisėją išsireikalauti visų bet kokio laikraščio, kuris ką nors pranešė apie jo bylą, užrašų ir dokumentų, puoselėdamas menką viltį, kad paaiškės kas nors nelaukta. Teisininkai tokį aiškinimąsi vadina „žvejybos iškyla"; ir teismai niekuomet netenkino atsakovų reikalavimų suteikti galimybę pažvejoti svetimuose archyvuose.

Išties būta prielaidų, jog Brownas savo prašymą pateikė ne dėl to, kad manė atrasiąs ką nors naudinga savo klientui, bet dėl to, kad tikėjosi, jog šis prašymas bus nepatenkintas, tad jis vėliau galės teigti, teikdamas apeliaciją, jog teismas buvo neteisingas. (Taip pat būta prielaidų, jog teisėjas Arnoldas nurodė reikalaujamą medžiagą parodyti jam privačiai, užuot atmetęs tą reikalavimą iš viso, tam, kad paverstų niekais tą įtariamą strategiją.) Būtų buvę geriau, – įtaigauja šie komentatoriai, – jei teisėjas būtų pareikalavęs iš gynybos kokio nors pirminio įrodymo, kodėl yra pagrindo tarti, jog tuose dokumentuose bus svarbios medžiagos, prieš duodamas nurodymą tuos dokumentus parodyti jam vienam.

Tačiau net ši nuosaikesnė pozicija atrodo klaidinga kalbant apie šios konkrečios bylos faktus. Farberio tyrimai lėmė tai, jog policija ėmė iš naujo tirti žmogžudystės bylą, praėjus ne vieneriems metams po to, kai jos pačios tyrimas buvo nutrauktas. Jis surinko nemažai iki tol neprieinamos informacijos, ir nekelia ginčų tai, jog ši informacija tapo tiesiogine kaltinimų pateikimo priežastimi. Konkrečiai Farberis atrado ir kalbėjosi su liudininkais, kurie dabar pasirodė esą nepapras-

tai svarbūs prokurorams ir kurie galėjo pasakyti jam tai, kas arba sustiprino, arba prieštaravo jų parodymams arba pasakojimams, kuriuos jis paskelbė spaudoje. Žinoma, čia nedaroma prielaida, jog Farberis sąmoningai nuslėpė ką nors, kas būtų pravartu gynybai. Tačiau jis, kaip bet kuris kitas žurnalistas, naudojosi redakcine nuožiūra, ir iš jo šiaip ar taip neturėtų būti tikimasi jautrumo toms pačioms detalėms, kurios domintų gerą teisininką, kurio klientas teisiamas už žmogžudystę.

Šių faktų pakanka Farberio atvejui atskirti nuo įsivaizduojamų atvejų, kai laikraštis nepadaro nieko, išskyrus tai, jog praneša apie faktus arba tyrimo procedūras, išdėstytus ar inicijuotus kitų. Teisėjas Arnoldas buvo tos nuomonės, jog neįprastas Farberio vaidmuo toje byloje pats savaime *yra* įrodymas, jog yra pakankamai tikėtina, kad jo dokumentuose yra medžiagos, su kuria turėtų susipažinti kompetentingas advokatas; jog ta tikimybė yra pakankama bent jau pateisinti paties teisėjo preliminarų susipažinimą su surinktąja medžiaga. Galbūt jis būtų pareikalavęs daugiau tikėtinos svarbos įrodymų arba preciziškesnio nusakymo, kokios medžiagos reikalaujama, jeigu tas teismas būtų buvęs ne žmogžudystės procesas. Galbūt kitas teisėjas būtų pareikalavęs daugiau preciziškumo net žmogžudystės byloje. Be abejonės, teisėjas Arnoldas turėjo surengti klausymus, kurių metu advokatai, ginantys Farberį ir *Times,* būtų galėję iškelti savo teisinius prieštaravimus ir reikalauti didesnio konkretumo, iki juos apkaltinant teismo negerbimu. (Niudžersio Aukščiausiasis teismas buvo tos nuomonės, jog ateityje tokie klausymai privalo būti rengiami, jei to pareikalaujama.) Vis dėlto teisėjo Arnoldo sprendimas, jog šios bylos faktai patys savaime buvo reikiamas įrodymas, rodė deramą jautrumą atsakovo problemoms – atsakovo, susidūrusio su tyrimu, kurio pats slaptumas neleido jam žinoti to, ko jam reikėjo, kad galėtų įrodyti savo poreikį žinoti.

Tačiau turėčiau pridurti, jog nebūtų buvę pagrįsta įsakyti įkalinti Farberį arba liepti *Times* už bausmę kasdien mokėti baudą tuo tarpu, kol jų teisiniai argumentai laukė įvertinimo apeliaciniuose teismuose.

Jie nuoširdžiai kliovėsi savo Apsaugos įstatymo ir Pirmosios pataisos supratimu.[171] Beprasmiška sakyti, jog jie turėjo paklusti teisėjo Arnoldo įsakymui, o vėliau užginčyti jo teisėtumą. Jie manė, kad jų teisės būtų buvusios pažeistos, o rūpimiesiems principams – nusižengta net ir tik tuo tarpu paklūstant teisėjo įsakymui. Jie buvo neteisūs, tačiau mūsų teisinei sistemai dažnai išeina į naudą tai, kad žmonės, manantys, jog teisė ir principas yra jų pusėje, nusprendžia nepaklusti įsakymams, kuriuos jie mano esant neteisėtus, bent jau kol apeliaciniai teismai turės galimybę išsamiai išnagrinėti jų argumentus, o Farberio įkalinimas arba baudų skyrimas *Times*, kol jų argumentai neišklausyti, nepasitarnavo jokiam tikslui. Šitai tikrai nebuvo būtina teisėjo Arnoldo teismo arba baudžiamojo proceso garbei apginti.

Teismai privalo bet kokia kaina užtikrinti nusikaltimu kaltinamo atsakovo teisę į teisingą teismą. Tačiau gerbdami šį saitą jie turėtų pademonstruoti ne piktumą, o pagarbumą ir net dėkingumą tokiems žmonėms kaip Myronas Farberis, pasiryžtančių asmeninei aukai, kad būtų užtikrinta pastovi juridinė peržiūra, paisanti principo, kuris yra galutinė Konstitucijos apsauga.

19. Ar spauda pralaimi Pirmosios pataisos bylą?*

Pastaruoju metu spauda teismuose patyrė ir triumfų, ir pralaimėjimų. Keletas sprendimų ją privertė baimintis, jog Konstitucijos Pirmosios pataisos apsauga darosi vis silpnesnė. Vienas niūrus momentas buvo Aukščiausiojo teismo nutartis įdomioje byloje *United States v. Snepp* 1980 m., kurioje Aukščiausiasis teismas nurodė autoriui perduoti visą savo pelną valdžiai, net nesurengęs klausymų tuo klausimu. Tačiau žiniasklaida iškovojo ir pergalių, kurias ji laiko svarbiomis. Viena buvo 1980 m. *Richmond Newspapers* byla, kurioje teismas atšaukė savo nutartį ankstesnėje byloje ir paskelbė, jog žurnalistai, bent jau iš principo, turi teisę stebėti baudžiamuosius procesus, net kai atsakovas nenori jų ten matyti.[172]

United States v. Snepp yra daugeliu atžvilgių svarbesnė iš dviejų bylų. Frankas Sneppas, priimtas dirbti į CŽV, pasirašė sutartį, kuria pasižadėjo supažindinti CŽV iki paskelbimo su viskuo, ką vėliau apie ją parašys. Anot CŽV, ši sutartis, jos sudaroma su kiekvienu agentu, yra reikalinga, kad ji galėtų iš anksto pareikšti nuomonę apie tai, ar kokia nors informacija, kurią ketina publikuoti autorius, nėra valstybės paslaptį sudaranti informacija, ir imtis teisinių veiksmų uždrausti publikuoti tai, ką ji laiko išties slapta informacija, jeigu autorius nesutinka su jos įvertinimu. Išėjęs iš tarnybos, Sneppas parašė knygą, pavadintą *Padorus atstumas* (*Decent Interval*), kurioje aštriai kritikavo CŽV elgesį Vietname paskutiniais karo mėnesiais.[173] Jis baiminosi, jog Valdyba pasinaudos savo teise susipažinti su jo rankraščiu

* Pastaba. Pirmą kartą publikuota *The New York Review Of Books,* December 4, 1980. © Ronald Dworkin.

tam, kad jam sutrukdytų ir sukeltų nerimą, teigdama, jog dalykai, visiškai nereikšmingi saugumo požiūriu, buvo valstybės paslaptis, kaip toji institucija iš tiesų padarė Victoro Marchetti atveju – kito buvusio agento, kuris parašė knygą ir ją pateikė jai susipažinti.[174] Po ilgų dvejonių Sneppas nusprendė publikuoti savo knygą, jos pirma nepateikęs susipažinti CŽV.

Remdamasi sutartimi, CŽV apskundė jį teismui. Sneppas teigė, jog Pirmoji pataisa jo sutikimą sutartyje daro niekinį ir negaliojantį, nes tai yra cenzūros forma. Tačiau nei federalinis apygardos teismas, nei Apylinkės apeliacinis teismas, į kuriuos su apeliacija kreipėsi Sneppas, nepripažino šio argumento. Apygardos teismo skirta teisinio atitaisymo priemonė buvo nurodymas Sneppui perduoti valdžiai visus savo pelnus, gautus iš knygos – jo vieninteles pajamas už kelerių metų darbą, – tačiau Apylinkės teismas panaikino apygardos teismo sprendimą šiuo klausimu. Jis paskelbė, jog valdžia turi pasitenkinti ta realių finansinių nuostolių suma, kurią ji gali pagrįsti kaip patirtą nuostolį, nes Sneppas sulaužė savo sutartį, o sutarties sulaužymo bylose tatai yra įprasta teisinio atitaisymo priemonė.

Sneppas apskundė tą nutartį Aukščiausiajam teismui, nurodydamas Pirmąją pataisą. Valdžia prašė Teismo *ne*siimti šios bylos peržiūros ir sakė, jog ji tomis aplinkybėmis yra patenkinta žalos teisinio atitaisymo priemone, kurią skyrė Apylinkės teismas. Tačiau pridūrė, jog jeigu Teismas imtųsi bylos, ji nepraleistų progos pagrįsti tai, jog Teismas turėtų vėl skirti apygardos teismo skirtąją daug griežtesnę teisinio atitaisymo priemonę. Galiausiai Teismas vis dėlto ėmėsi nagrinėti bylą, prieš vyriausybės norus, tačiau, kaip paaiškėjo, tik turėdamas tikslą šįkart skirti nuožmesnę bausmę. Teismas tai padarė nusižengdamas visoms teisminio teisingumo tradicijoms – niekam nesuteikdamas galimybės išsakyti argumentus. Teismas, kuris tariamai yra dominuojamas teismo susivaržymo idealo, manipuliavo procedūrinio teisingumo principais, kad pasiektų rezultatą, kurio nė viena iš šalių neprašė.

Kai kurie žurnalistai spėlioja, jog Teismas buvo supykęs ant spaudos dėl *The Brethren* bylos, Woodwardo ir Armstrongo Teismo „vi-

daus istorijos", paskelbtos 1980 m., ir pasinaudojo šia proga atsikeršyti.[175] Tačiau daugelis Pirmosios pataisos teisininkų laikosi nerimastingesnės pažiūros, jog ši byla tėra vėliausias ir dramatiškiausias žodžio laisvės nuopuolio Jungtinėse Valstijose pavyzdys.

Verta kiek detaliau aprašyti įrodymus, kuriais grindžiama ši niūri nuomonė. Joks iškilus Konstitucijos teisininkas (išskyrus poną teisėją Blacką) niekuomet nesilaikė nuomonės, jog Pirmoji pataisa neleidžia valdžiai jokio įmanomo žodžio laisvės reguliavimo. Žmonės visuomet turėjo galimybę bylinėtis vienas su kitu Amerikos teismuose, pavyzdžiui, dėl šmeižto ir melo, ir net patys garsiausi laisvo žodžio gynėjai pripažino, jog niekas neturi konstitucinės teisės šaukti „ugnis" sausakimšame teatre arba karo metu publikuoti informaciją apie karinių pajėgų judėjimą. Vis dėlto būta Teismo susirūpinimo žodžio laisve kitų interesų sąskaita suintensyvėjimo momentų, ir daugeliui komentatorių atrodo, jog dabar tas rūpestis yra išties labai nuslūgęs.

Pavyzdžiui, Warreno teismas nuėjo labai toli, gindamas pornografiją nuo cenzoriaus tuo pagrindu, jog ne valstybės reikalas yra spręsti, ką žmonės privačiai turėtų arba neturėtų laikyti neskoningu arba piktinančiu dalyku. Tačiau Burgerio teismas buvo palankus cenzūros, tarnaujančios vietiniams padorumo standartams, idėjai, ir nors šis kriterijus nekėlė jokių problemų *Times* skvero pornografams, daugelį mažų miestelių kino teatrų jis privertė tapti labai atsargius. Šmeižto bylos, viešų asmenų inicijuotos prieš spaudą, yra kitas pavyzdys. Savo garsiajame sprendime *Times v. Sullivan* byloje Warreno teismas paskelbė, jog viešas asmuo negali paduoti į teismą laikraščio dėl šmeižto – net jeigu tai, ką tas laikraštis publikavo, buvo ir melaginga, ir padarė žalą, – jeigu tam viešam asmeniui nepavyksta parodyti, jog tas laikraštis buvo ne tik neteisus, bet ir piktybiškas arba per daug sau leidžiąs tame, ką jis publikavo. Teismas buvo tos nuomonės, jog turi būti laikomasi nuostatos, jog vieši asmenys turi žinoti, kad jie nebeturi teisės, numatytos bendrojoje teisėje, kreiptis į teismą dėl paprastų faktinių netikslumų.

Burgerio teismas nepanaikino *Sullivano* bylos sprendimo, tačiau susiaurino žmonių klasę, kurie šiuo tikslu laikytini viešais asmenimis,

o nesenoje byloje *Herbert v. Landau* jis buvo tos nuomonės, jog net kai į teismą kreipiasi viešas asmuo, žurnalistai gali būti apklausiami, su priesaika, apie jų tyrimo ir redakcinio vertinimo metodus, siekiant parodyti jų piktybiškumą arba padorumo normų nepaisymą. Teismas atmetė laikraščių ir televizijos tinklų protestus, anot kurių tokių apklausų, kurių metu žurnalistai būtų verčiami pagrįsti iš esmės subjektyvius sprendinius, grėsmė trukdytų žurnalistų tyrimo laisvei, taigi padarytų juos ne tokiais efektyviais visuomenės tarnais.

Dvi iš pačių svarbiausių pastarojo meto teismo nutarčių, susijusių su pretenzijomis, grindžiamomis Pirmąja pataisa, taip ir nepasiekė Aukščiausiojo teismo. Pirmoji iš jų buvo plačiai išgarsinta *New York Times* žurnalisto Myrono Farberio byla, kurią aptariau ankstesnėje esė. Niudžersio teismai buvo tos nuomonės, jog Farberis gali būti teisiamas už teismo sprendimų negerbimą, nes atsisakė perduoti savo surinktą medžiagą, kurioje tikrai galėjo būti informacijos, naudingos atsakovo, kaltinamo žmogžudyste, advokatams. *Times* (remiamas kitų laikraščių), teigė, jog jeigu, pavyzdžiui, žurnalistai negali pažadėti konfidencialumo informatoriams, jų šaltiniai prapuls ir visuomenė praras svarbų informacijos šaltinį. Tačiau teismai nepriėmė šio argumento.[176]

Antroji buvo komiškai pasibaigusi *The Progressive* byla, kuri vis tiek tapo pirma preliminaraus draudimo priežastimi, pirmą kartą Jungtinėse Valstijose iš anksto sustabdyti publikavimą. Šis žurnalas ketino publikuoti straipsnį, pavadintą „H-bombos paslaptis: Kaip mes ją sužinojome – Kodėl mes ją atskleidžiame", ir pateikė jį susipažinti Atominės energijos komisijai neformaliam leidimui gauti. Autorius iš tikrųjų naudojo tik viešą ir legaliai prieinamą informaciją. Tačiau Komisija, remdamasi savo nuostata, jog visa informacija, susijusi su atominiais ginklais, yra „slapta iš principo" pagal Atominės energijos aktą ir negali būti publikuojama, jeigu ji nėra afirmatyviai sankcionuota publikavimui Komisijos, atsisakė sankcionuoti tą straipsnį ir kreipėsi į teismą su reikalavimu uždrausti publikuoti. Komisija įtikino apygardos teismo teisėją, slaptumo sąlygomis išklausiusį vyriausybės liudijimo, jog ta publikacija yra žalinga nacionaliniam

saugumui, nes gali įgalinti mažesnę šalį (tuometinis pavyzdys buvo Idi Amino valdoma Uganda) sukurti hidrogeninę bombą.

The Progressive apskundė apygardos teismo draudimą Apylinkės teismui, tačiau prieš tam Teismui imantis priemonių, tapo akivaizdu, jog visa informacija, kurią naudojo Teismas, buvo prieinama viešojoje bibliotekoje, priklausančioje pačiai Komisijai, ir keletas laikraščių tuomet paskelbė faktus, minimus parengtajame publikuoti straipsnyje, nesikreipdami leidimo. Vyriausybė kiek susierzinusi atlyžo, o *The Progressive* straipsnis galiausiai buvo paskelbtas. Nepaisant to, tai buvo blogas ženklas – jog Pirmoji pataisa teikė tiek mažai apsaugos šiuo atveju. Komisijos „principinio slaptumo" argumentas – jog nelegalu skelbti visokią informaciją apie atominius ginklus, kurios ji konkrečiai nėra sankcionavusi, – yra absurdiškai pretenzingas, ir, manau, nebūtų buvęs palaikytas aukštesnių teismų. Tačiau teismai tikrai galėjo palaikyti procedūrą, kuri leidžia teisėjui konkrečius cenzūros atvejus spręsti slaptu nagrinėjimu, kurio metu teisėjui gali padaryti pernelyg didelį įspūdį vyriausybės techniniai „ekspertai". Atominis Amžius nėra sveika aplinka laisvam žodžiui.

Ne visi dabartinio žodžio laisvės nuopuolio įrodymai yra paimti iš teisminių nutarimų. Informacijos laisvės aktas, kurio pozicijos dar sustiprėjo Kongreso dėka po Votergeito skandalo, numato, jog bet kas gali gauti bet kokią informaciją, kuria disponuoja federalinė valdžia, su tam tikromis išimtimis, skirtomis tam, kad būtų apsaugotas asmens privatumas, komercinės paslaptys, užtikrintas nacionalinis saugumas ir pan. To akto dėka mums prieinama daug vertingos informacijos – pavyzdžiui, Williamo Shawcrosso knygos apie Kambodžą tam tikros dalys. Tačiau vis stipresnis darosi spaudimas iš esmės keisti padėtį. Gydytojai pažymi, jog aklo testavimo (kai nežino nei administracija, nei pacientas) eksperimentai bandant naujus vaistus ir procedūras sužlugdomi, kai informacija patenka žurnalistams ir panaikinamas konfidencialumas, kuris tuos eksperimentus daro statistiškai reikšmingus. Mokslininkai aiškina, jog paskata toliau vykdyti mokslinį tyrimą gali būti sužlugdyta, kai laikraščiai paskelbia įdomaus subsidijų panaudojimo detales. Nacionalinis sveikatos kontrolės

centras mano, jog ligoninės nenorės jo pagalbos neutralizuojant infekcijas ligoninėse, kai žurnalistai gali Centro ataskaitas ligoninėms padaryti prieinamas potencialiems ieškovams.

Spauda, kaip sakiau, pralaimėjo ne visus mūšius. Burgerio teismas vieningai atmetė Nixono administracijos mėginimą neleisti publikuoti Pentagono dokumentų, o *Richmond Newspapers* byloje patvirtino, jog spauda išties turi tam tikrą konstituciškai saugomą statusą, užtikrinamą Pirmosios pataisos, pakankamai stiprų, tokį, kad teisėjas turi parodyti kokį nors ypatingą motyvą neleisti žurnalistams dalyvauti baudžiamajame teisme. Tačiau spauda vis tiek mano, jog apskritai žvelgiant, ji praranda turėtas pozicijas.

Natas Hentoffas savo labai informatyvioje knygoje apie Pirmosios pataisos istoriją aprašo žodžio laisvės ir laisvos spaudos idėjos ištakas Amerikoje, pradedant Peteriu Zengeriu, ir pažymi, su neslepiamu liūdesiu, simptomus to, ką jis akivaizdžiai laiko jos dabartiniu nuosmukiu.[177] Šią knygą kaip reta lengva skaityti, ji pasižymi plačiu požiūriu. Pagyrimo nusipelno jos gebėjimas parodyti, kaip laisvo žodžio idėja įgyja skirtingą turinį, keičiantis grindžiamiesiems esminiams klausimams, nuo švietimo politikos iki nepadorumo ir baudžiamųjų procesų nušvietimo spaudoje. Knygos tonas iš pažiūros beaistris. Hentoffas savo argumentus plėtoja daugiausia cituodamas kitus. Tačiau nekyla jokių abejonių dėl to, kokia yra jo paties nuostata. Jis yra žodžio laisvės šalininkas, ir šioje jo knygoje tilpo ir laisvės pergalės, ir pralaimėjimai, ir žiniasklaidos herojai ir bailiai, ir laisvės draugai ir priešai.

Tačiau čia nepernelyg stengiamasi analizuoti filosofinius žodžio laisvės arba spaudos laisvės pagrindus ir nededama daug pastangų nustatyti laisvių ir galių, kurias nori apginti Hentoffas, ribas. Šiuo atžvilgiu jis yra panašus į žurnalistus, kurie aimanuoja dėl Pirmosios pataisos likimo teismuose, tiesa, jis rašo geriau ir su didesniu entuziazmu bei išmanymu nei dauguma. Spauda tą Pataisą suvokia kaip savotišką privačią privilegiją ir daugiau ar mažiau automatiškai puola kiekvieną teismo atsisakymą toje privilegijoje įžvelgti kokią nors

tolesnę apsaugą. Laikraščiai ir televizijos kompanijos smerkė nutartis *Farberio* ir *Herberto* bylose taip pat karštai – išties net karščiau – nei nutartis *The Progressive* ir *Snepp* bylose.

Tačiau ši automatinės apeliacijos į Pirmąją pataisą strategija, mano galva, yra vargana strategija, net jeigu spaudai rūpi tik išplėsti jos legalias galias kiek įmanoma labiau. Mat jeigu populiari tampa idėja, jog ši Pataisa yra universalios paskirties skydas žurnalistams atremti šmeižto ieškinius, gintis, kai norima atleisti iš pareigų ar atlikti kratą, ne tik nuo cenzūros, tai ji neišvengiamai taps silpnesniu skydu, nes atrodys akivaizdu, jog tokia plati spaudos turima galia, turi būti subalansuota kitų privačių ir socialinių interesų, egzistuojančių bendruomenėje, atžvilgiu. Tuomet nukentės būtent istoriškai centrinė Pirmosios pataisos funkcija, būtent funkcija paprasčiausiai užtikrinti, jog tie, kurie nori pasisakyti politinės ir socialinės kontroversijos klausimais, yra laisvi tai daryti. Galbūt netikėtas Pirmosios pataisos silpnumas ginant atsakovus, pavyzdžiui, *The Progressive* ir *Snepp* bylose, yra iš dalies pasekmė kaip tik spaudos efektyvumo įtikinant teismus, ankstesniais laikais, jog Pirmosios pataisos galia toli pranoksta tiesioginės cenzūros atvejus.

Kad patikrintume šį įtarimą, turime apsvarstyti klausimą, kuriam neskiria jokio dėmesio Hentoffas ir kiti Pirmosios pataisos draugai. Kokia yra Pirmosios pataisos paskirtis? Ką saugoti ji sumanyta? Įmanomi įvairūs požiūriai. Tarp Amerikos Konstitucijos teisininkų vyraujanti teorija remiasi prielaida, jog konstitucinės laisvo žodžio teisės – įskaitant laisvą spaudą, kuri konstitucinėje kalboje reiškia viešai paskelbtą kalbą apskritai, o ne tik konkrečiai žurnalistiką – yra skirtos auditorijos apsaugai. Kitaip tariant, jos saugo ne patį kalbėtoją ar rašytoją, o auditoriją, į kurią jis nori kreiptis. Anot šios pažiūros, žurnalistai ir kiti rašytojai yra saugomi nuo cenzūros tam, kad plačioji publika galėtų turėti prieigą prie informacijos, kurios jai reikia, kad išmintingai balsuotų ir tvarkytųsi savo reikalus.

Savo įžymiojoje esė *Apie laisvę* Johnas Stuartas Millis pateikė panašų, bet fundamentalesnį laisvo žodžio teisės pateisinimą. Jis sakė, jog jeigu kiekvienas yra laisvas palaikyti bet kokią privačios ar viešos

moralės teoriją, kad ir kokia absurdiška ar nepopuliari ji būtų, yra didesnė tikimybė, jog to įgalinamoje idėjų rinkoje išaiškės tiesa, ir visos bendruomenės padėtis bus geresnė nei ji būtų tuo atveju, jeigu nepopuliarios idėjos būtų cenzūruojamos. Ir pagal šį aiškinimą konkretiems individams leidžiama kalbėti tam, kad bendruomenė, į kurią jie kreipiasi savo kalba, gali iš to turėti naudos ilgalaikėje perspektyvoje.

Tačiau kitos žodžio laisvės – plačiąja prasme, apimančia laisvą žiniasklaidą, – teorijos skelbia, jog ši teisė yra skirta kalbėtojo apsaugai, t. y. jog individai turi teisę kalbėti ne tam, kad kiti turėtų naudos, bet dėl tos priežasties, jog patys patirtų kokią nors nepriimtiną skriaudą arba užgaulę, jeigu būtų cenzūruojami. Kiekvienas, kuris laikosi šios teorijos, suprantama, privalo parodyti, kodėl cenzūra yra rimtesnė skriauda nei kitos reguliavimo formos. Jis turi parodyti, kodėl tas, kuriam draudžiama išsakyti savo mintis apie politiką, patiria žalą, kuri yra rimtesnė nei tuomet, kai jam draudžiama, pavyzdžiui, važiuoti dideliu greičiu arba pažeisti svetimų valdų ribas, arba korporuotis siekiant varžyti prekybą.

Galėtų būti pasiūlytos skirtingos teorijos: kad cenzūra yra žeminanti, nes ji daro prielaidą, jog kalbėtojas arba rašytojas nėra vertas vienodo rūpesčio kaip pilietis arba jog jo idėjos nevertos vienodos pagarbos; kad cenzūra yra užgauli, nes atima iš kalbėtojo lygų balsą politikoje, taigi nepripažįsta jam laisvo ir lygaus piliečio statuso; arba kad cenzūra yra pavojinga, nes griauna individo pastangas ugdyti savo asmenybę ir garbingumą. Esė *Apie laisvę* Millis pateikia kažką panašaus į pastarąjį teiginį kaip papildymą savo idėjų rinkos argumentui, todėl galima sakyti, jog jo teorijai rūpi apsaugoti ir kalbėtoją, ne tik auditoriją.

Teorijos, kurioms rūpi apsaugoti auditoriją, bendrai imant, teikia tai, ką esu pavadinęs politinės nuostatos argumentu už laisvą žodį ir laisvą spaudą.[178] Kitaip tariant, jos teigia, jog žurnalistas turi turėti tam tikrų galių ne dėl to, kad jis ar kas nors kitas turi teisę į kokią nors specialią apsaugą, bet tam, kad būtų užtikrinta kokia nors bendra nauda visai bendruomenei, lygiai kaip ūkininkai kartais turi gauti

tam tikras subsidijas ne kaip savaime vertingas, bet irgi kad būtų užtikrinta kokia nors nauda bendruomenei. Tuo tarpu teorijos, kurioms rūpi apsaugoti kalbėtoją, teikia principo argumentus už laisvą žodį. Jos teigia, jog ypatinga kalbėtojo pozicija – kaip to, kuris nori išreikšti savo įsitikinimus politiškai ir socialiai svarbiais klausimais – suteikia jam teisę, užtikrinamą teisingumo, į ypatingą atsižvelgimą, nors bendruomenė kaip visuma gali *nukentėti* dėl to, kad jam leidžiama kalbėti. Taigi kontrastas yra didelis: pirmuoju atveju bendruomenės gerovė teikia pagrindą apsaugai, bet antruoju atveju bendruomenės gerovės nepaisoma, kad ta apsauga būtų užtikrinta.

Ši perskyra yra daugeliu atžvilgių reikšminga dabartiniam svarstymui. Jeigu žodžio laisvė yra pateisinama politinės nuostatos pagrindu, tai yra įtikinama tai, jog žurnalistams turėtų būti suteiktos specialios privilegijos ir galios, neprieinamos paprastiems piliečiams, mat žurnalistai atlieka ypatingą ir išties nepakeičiamą funkciją, teikdami informaciją plačiajai visuomenei. Tačiau jeigu žodžio laisvę pateisina principas, tai būtų visiškai nepriimtina tarti, jog žurnalistai turėtų turėti ypatingą apsaugą, neprieinamą kitiems, nes šitai reikštų, jog jie, kaip individai, yra svarbesni arba vertesni didesnio rūpesčio nei kiti.

Kadangi galios, į kurias pretenduoja spauda, kaip antai įgaliojimas dalyvauti baudžiamuosiuose procesuose, turi būti išskirtinė jos vienos galia, natūralu, jog spauda reiškia palankumą pažiūrai į laisvą žodį, pagrįstai politinės nuostatos argumentu, kuriam rūpi apsaugoti auditoriją: jog spauda yra esmingai svarbi informuotai visuomenei. Tačiau šiame aiškinime glūdi ir tam tikras pavojus. Jeigu laisvas žodis yra pateisinamas kaip politinės nuostatos dalykas, tai visuomet, kai reikia padaryti sprendimą apie tai, ar žodžio laisvė reikalauja kokios nors papildomos išimties ar privilegijos, konkuruojančios visuomenės intereso dimensijos turi būti subalansuojamos jos suinteresuotumo informacija atžvilgiu.

Tarkime, jog iškyla, pavyzdžiui, klausimas, ar Informacijos laisvės aktas turėtų būti pataisytas taip, kad iš Ligų kontrolės centro nebebūtų reikalaujama savo ataskaitas padaryti prieinamas žurnalistams,

arba klausimas, ar Atominės energijos komisijai turėtų būti leidžiama drausti žurnalui publikuoti straipsnį, kuris galėtų atominę informaciją padaryti lengviau prieinamą užsienio valstybėms. Visuomenės bendras suinteresuotumas būti gerai informuotai yra argumentas prieš konfidencialumą ir už publikavimą abiem atvejais. Tačiau visuomenė taip pat yra suinteresuota neinfekuotomis ligoninėmis ir atominiu saugumu, ir šių dviejų rūšių interesai privalo būti subalansuoti, kaip sąnaudų ir naudos analizėje, siekant nustatyti, koks yra visuomenės interesas atsižvelgus į viską. Tarkime, jog per ilgą laiką (ir atsižvelgiant į šalutinius efektus) visuomenė patirs daugiau nuostolių bendru mastu, jeigu svarstomoji informacija būtų paskelbta. Tuomet būtų nelogiška teigti, jog ji turi būti paskelbta visuomenės intereso labui, ir argumentas už laisvą žodį, paremtas politinės nuostatos pagrindais, būtų nurungtas.

Problema yra visai kitokia, jeigu vietoj to laisvą žodį laikome principo dalyku. Mat dabar bet koks konfliktas tarp žodžio laisvės ir visuomenės gerovės nėra pseudokonfliktas tarp dviejų visuomenės intereso aspektų, kurį galima išspręsti kokiu nors sprendiniu apie jos bendro masto interesą. Tai tikras konfliktas tarp konkretaus kalbėtojo kaip individo teisių ir konkuruojančių bendruomenės kaip visumos interesų. Jeigu tas konkuruojantis interesas nėra labai didelis – jeigu publikacija nekelia kokios nors ypatingosios padėties ar kito rimto pavojaus grėsmės – individo teisė turi nusverti socialinį interesą, nes būtent tai ir reiškia tarti, jog jis turi tokią teisę.

Todėl kai spauda pretenduoja į kokią nors išskirtinę privilegiją ar apsaugą, yra svarbu nuspręsti, ar ta pretenzija yra pagrįsta politine nuostata ar principu. Tačiau šios perskyros svarbą kartais užtemdo viena pastaruoju metu madinga tapusi idėja – būtent ta, jog visuomenė turi vadinamąją „teisę susipažinti" su informacija, kurią gali surinkti žurnalistai. Jeigu šitai reiškia paprasčiausiai tai, jog visuomenė yra suinteresuota žinojimu – jog bendruomenės padėtis – su sąlyga, kad aplinkybės nesikeičia, – yra geresnė, jeigu ji žino daugiau, o ne mažiau apie, sakykime, baudžiamuosius procesus arba mokslui skirtų lėšų panaudojimą, arba atomines paslaptis, – tai ta

frazė yra tiesiog kitas būdas išsakyti gerai žinomą politinės nuostatos argumentą, ginantį laisvą ir stiprią spaudą: geriau informuota visuomenė bus geresnė visuomenė apskritai. Tačiau prielaida, jog visuomenė turi *teisę* žinoti, sako ši tą griežtesnio nei šitai – būtent tai, jog esama auditoriją ginančio *principo* argumento už bet kokią privilegiją, kuri padidina spaudos galias rinkti žinias.

Tačiau ši griežtesnė mintis iš tiesų yra didžiai klaidinama. Klaidinga tarti, jog individualūs bendruomenės nariai turi – bet kokia griežtąja prasme – teisę žinoti tai, ką žurnalistai galėtų panorėti išsiaiškinti. Jokio piliečio lygybė ar nepriklausomybė, ar padorumas nebūtų buvęs pamintas, jeigu, pavyzdžiui, Farberis būtų nusprendęs nerašyti vieno ar kito iš savo *New York Times* rašinių apie Dr. Jascalevichių ir joks pilietis nebūtų galėjęs apskųsti Farberio teismui reikalaudamas, kad Farberis publikuotų savo rašinius, arba reikalauti kompensacijos už tai, kad jis jų neparašė. Galimas dalykas, jog statistinio piliečio padėtis būtų pablogėjusi, jeigu tie rašiniai nebūtų buvę parašyti, tačiau tai bendrosios gerovės, o ne kokios nors individualios teisės dalykas.

Bet kuriuo atveju menamoji teisė žinoti turi būti ne kokio nors individualaus piliečio teisė, o visuomenės kaip visumos teisė. Tai panašu į nenuoseklumą, mat „visuomenė" šiame kontekste tėra kitas bendruomenės kaip visumos pavadinimas. Ir tuomet keista sakyti, jog net jeigu bendruomenė, veikdama per savo įstatymų leidėjus, nori pataisyti informacijos laisvės aktą taip, kad padarytų išimtį preliminarioms medicinos mokslinių tyrimų ataskaitoms – dėl to, kad mano, jog tokių tyrimų neliečiamybė yra svarbesnė nei informacija, kurios ji atsisako, – ji turi to nedaryti dėl savo pačios teisės turėti tą informaciją. Pirmosios pataisos klausimų analizė būtų gerokai patobulinta, jeigu visuomenės suinteresuotumas informacija, kurį išties galėtų nusverti jos suinteresuotumas slaptumu, nebūtų klaidinamai vadinamas „teise" žinoti.

Dabar turėtų būti aiškiau, kodėl aš manau, jog spaudos strategija, kuria siekiama išplėsti Pirmosios pataisos apimtį, yra bloga strategija. Visuomet esama didelio pavojaus, jog teismai – ir teisininkų

bendruomenė apskritai – prieis konsensą dėl vienos teorijos, aiškinančios rūpimą konstitucinę nuostatą. Jeigu Pirmosios pataisos apsauga apima tik principą, jog joks asmuo, kuris nori viešai pasisakyti apie tam tikrus dalykus arba nori pasisakyti tokiais būdais, kuriuos jis laiko reikalingais, negali būti cenzūruojamas, tai vienintelė Pirmosios pataisos teorija bus individualių teisių teorija. O šitai reiškia, jog žodžio laisvės priesakų negali nusverti koks nors argumentas, anot kurio kokiu nors konkrečiu atveju viešajam interesui geriau pasitarnaujama cenzūruojant ar reguliuojant.

Tačiau jeigu į Pataisos apsaugą apeliuojama tuo atveju, kai pretenzija turi būti pagrįsta kokiu nors argumentu, kuriam rūpi apsaugoti auditoriją, – jeigu sakoma, jog žurnalistai neturi būti kvočiami apie jų redakcinius sprendimus šmeižto procesuose, nes tuomet nebe taip efektyviai rinks žinias, skiriamas skaityti visuomenei, – vienintelė teorija, kuri galėtų pateisinti tokią plačią Pataisą, turi būti politinės nuostatos teorija. Nenuostabu, jog atskirosiose tų bylų, dėl kurių reiškia nepasitenkinimą spauda, nuomonėse – nuomonėse, anot kurių spauda turėjo gauti tai, ko reikalavo, – yra daug politinės nuostatos argumentų, bet vos keli principo argumentai. Pavyzdžiui, *Herberto* byloje teisėjas Brennanas savo atskirąją nuomonę grindė ta Pirmosios pataisos teorija, kuri atrodo labai panaši į Millio teoriją, kuriai rūpi apginti auditoriją. Brennanas pasitelkė štai kokią gerai žinomą Zechariah Chafee pastabą: „Pirmoji pataisa gina ... visuomenės interesą išsiaiškinti tiesą, kad šalis galėtų ne tik pasirinkti išmintingiausią veiksmų planą, bet ir įgyvendinti jį išmintingiausiu būdu."

Tačiau, žinoma, šios apeliacijos į bendrąją visuomenės gerovę provokuoja atsakymą, jog kai kuriais atvejais visuomenės tikrajam interesui, apskritai imant, būtų geriau pasitarnauta cenzūruojant, o ne publikuojant. Ir priešingai, jeigu Pataisos apimtis apribojama tiek, kad telieka ašinė kalbėtojo apsauga, ji, kaip apeliacija į individualias teises, o ne bendrąją gerovę, gali suteikti teisės principą, pakankamai stiprų, kad užtikrintų svarbią apsaugą kokioje nors tikroje Pirmosios pataisos byloje, tokioje kaip *The Progressive* byla. Tačiau jeigu Pataisa tampa pernelyg plati, ją galima apginti tik politinės nuosta-

tos pagrindais, tokiais kaip tie, kuriuos pateikė Brennanas. Kitaip tariant, ją galima apginti tik tokiais pagrindais, kurie ją daro be galo pažeidžiamą kaip tik tuomet, kai ji yra reikalingiausia.

Jeigu susitelkiame tik į Pirmosios pataisos šerdį, kuri principo pagrindu saugo kalbėtoją, tai pastarojo meto Teismo ir Kongreso darbai atrodo geriau, nors toli gražu ne be priekaištų. Iki *Snepp* bylos iššūkis tai principo šerdžiai buvo – net jei ir tai tik spekuliatyvus samprotavimas – tik nutartys dėl nepadorumo, kurios daugumai spaudos terūpi labai mažai, ir *The Progressive* byla, kurios nutartis tebuvo apygardos teismo nutartis ir kuri šiaip ar taip baigėsi spaudos pergale. Kitos nutartys, taip supykdžiusios žurnalistus, – tokios kaip *Farberio* ar *Herberto* bylos – visos buvo tokios, kurios paprasčiausiai nesutiko pripažinti žurnalistų politinės nuostatos argumentų, anot kurių visuomenei, bendrai imant, būtų geriau, jeigu žurnalistai turėtų ypatingas privilegijas. Stingdomo poveikio, kurį spauda prognozavo reaguodama į šias nutartis, nebuvo – iš tiesų Mike'as Wallace'as, vienas iš žurnalistų, kurie priešinosi kvotimui *Herberto* byloje, neseniai pasakė, jog spauda gal ir nusipelnė pralaimėti tą bylą.

Šiaip ar taip, net jei demokratija veikia tik patenkinamai efektyviai ir jeigu žurnalistų politinės nuostatos argumentai yra protingi, tai jie per ilgą laiką bet kuriuo atveju per politinį procesą įgis tų galių, kurių siekia, taigi kai jiems šios galios nebuvo pripažintos teismuose, jie neprarado nieko, kas yra nenykstamos svarbos. Mat jeigu visuomenei iš tikrųjų geriau, kai spauda yra galinga, galima tikėtis, jog visuomenė anksčiau ar vėliau suvoks, koks yra jos tikrasis interesas – gal padedama pačios spaudos pamokymų. Išskyrus tokius atvejus kaip *Farberio* byla, kai individų teisės – tuo konkrečiu atveju teisė į teisingą teismą – būtų pažeista išplečiant spaudos galią, visuomenė tuomet gali duoti spaudai tai, ko ši nori, įstatymų leidybos būdu.

Tačiau kyla klausimas, ar *Richmond Newspapers* bylos nutartis (kurioje, kaip sakiau, Aukščiausiasis teismas buvo tos nuomonės, jog nesant stiprių nusveriančių priešingų interesų, žurnalistai turi teisę stebėti baudžiamuosius procesus) rodo, jog teismas dabar laikosi tos

Pirmosios pataisos teorijos, kuri nesitenkina principo šerdimi ir apima taip pat ir auditorijos bendrosios gerovės apsaugą. Abejonės nekelia tai, jog rezultatą tuo atveju galėtų pateisinti politinės nuostatos argumentas, toks kaip argumentas, kurį *Herberto* byloje teikė Brennanas. Pavyzdžiui, Burgerio nuomonė *Richmond Newspapers* byloje pažymi, jog visuomenei geriau, jeigu jos giliam suinteresuotumui baudžiamuoju procesu ir net jos neišvengiamam atpildo troškimui tarnauja spaudos pranešimai iš teismo procesų. Tačiau įdėmus žvilgsnis į keletą nuomonių toje byloje parodo, jog nors tie septyni teisėjai, kurie balsavo spaudos naudai (teisėjas Rehnquistas turėjo atskirąją nuomonę, o teisėjas Powellas nedalyvavo bylos svarstyme), vadovavosi šiek tiek skirtingomis teorijomis, būta dviejų dominuojančių argumentų, iš kurių nė vienas nebuvo tiesmukas tokio tipo politinės nuostatos argumentas, kurį irodinėjo Millis.

Pirmasis, ypač akcentuojamas Burgerio ir, iš pažiūros, Blackmuno, Pirmosios pataisos užtikrinamą apsaugą daro priklausomą nuo istorijos. Anot jo, jeigu koks nors svarbus valdymo procesas tapo įmanomas visuomenėje ilgamečių anglų amerikiečių jurisprudencijos tradicijų dėka, tai piliečiai turi Pirmosios pataisos užtikrinamą teisę į informaciją apie tą procesą, taigi ir spauda turi iš to kylančią teisę užtikrinti ir suteikti tą informaciją. Piliečių teisė nėra absoliuti, mat ji turi nusileisti, pavyzdžiui, konkuruojančioms atsakovo teisėms. Tačiau ji galioja tuo atveju, – kaip *Richmond Newspapers* byloje, – kai arba ant kortos nestatomi jokie svarbūs atsakovo interesai, arba kai teismas gali ginti šiuos interesus kokiomis nors kitomis priemonėmis, užuot neprileisdamas žurnalistų.

Šis istorija grindžiamas argumentas man atrodo silpnas, mat neaišku, kodėl paprotys turėtų virsti teise, jeigu nesama kokio nors nepriklausomo principo argumento, paaiškinančio, kodėl žmonės turi teisę į tai, kas jiems suteikta pagal paprotį. Tačiau tai šiaip ar taip nėra toks argumentas, kuris reikalautų iš teismų nuspręsti, ar bendrajai gerovei, apskritai imant, pasitarnaujama nesuteikiant spaudai prieigos prie informacijos ar kitaip stabdant viešą kalbėjimą bet kokia konkrečia proga. Jis skelbia, jog spaudai turi būti suteikta prieiga

prie informacijos, jeigu nėra kokios nors ypatingos priežasties, – be paprasto bendrosios gerovės balanso motyvo, – kuri būtų argumentas prieš tai.

Antrasis argumentas, ypač pabrėžiamas Brennano nuomonėje, yra ir svarbesnis, ir sudėtingesnis. Jis griežtai tvirtina, kad kokia nors ypatinga apsauga spaudai yra būtina tam, kad būtų ne tik ugdomas bendrasis gėris, bet ir siekiant išsaugoti pačią demokratijos struktūrą. Klasikinė šio argumento formuluotė, pateikta Madisono, dažnai cituojama spaudos apeliacijose, kurias ji teikia konstitucinėse bylose. Pasak jo, „žmonių valdžia be žmonėms prieinamos informacijos arba be priemonių ją gauti neišvengiamai yra farso ar tragedijos prologas; o gal ir farso, ir tragedijos sykiu ... žmonės, norintys patys būti sau ponai, turi apsiginkluoti galia, kurią suteikia žinojimas".

Tai ne Millio tipo argumentas, ano kurio juo daugiau informacijos žmonės turi, juo labiau tikėtina, kad jie užsitikrins – bendru mastu – tai, ko labiausiai nori. Veikiau tai argumentas, jog žmonėms reikia kokios nors informacijos, kad jie galėtų įgyti nuovoką apie tai, ko jie nori, ir kad galėtų dalyvauti kaip lygūs savivaldos procese. Millio politinės nuostatos argumentas yra atviros struktūros: kuo daugiau informacijos, tuo geriau. Tuo tarpu medisoniškasis argumentas, grindžiamas demokratijos struktūra, negali būti atviros struktūros, antraip jis virstų paradoksu ir prieštarautų pats sau.

Taip yra dėl to, kad bet koks Pirmosios pataisos išplėtimas demokratijos požiūriu yra dviašmenis kardas. Išplečiant ją, tobulinama demokratija, nes viešosios informacijos sklaida ugdo bendrą visuomenės galią. Tačiau sykiu šitaip demokratija ribojama, mat bet kokia konstitucinė teisė yra kliūtis žmonių išrinktai legislatūrai priimti kokį nors teisės aktą, kurį kitomis aplinkybėmis ji norėtų priimti, o šitai mažina bendrą visuomenės galią. Demokratija reiškia, jog dauguma turi galią efektyviai valdyti vadovaudamasi tuo, ką ji laiko bendruoju interesu. Jeigu taip, tai bet koks konstitucinės žodžio laisvės ir spaudos apsaugos išplėtimas sykiu ir padidina, ir sumažina tą galią šiais dviem skirtingais būdais. Bet kuris konkretus asmuo gali būti politiškai efektyvesnis dėl to, kad daugiau žino, pavyzdžiui, apie

atominės energijos objektus. Tačiau kartu jis gali būti politiškai ne toks efektyvus dėl to, kad netenka galios išrinkti tokius kongreso narius, kurie balsuotų už atominės informacijos cenzūrą. Galimas dalykas, kad jis šį kompromisą laikytų apskritai politinės galios nuostoliu bendru mastu, ypač jeigu jis pats būtų linkęs paaukoti atominės informacijos žinojimą tam, kad turėtų didesnį saugumą, laiduojamą tos aplinkybės, kad niekas kitas taip pat neturi tos informacijos.

Visoks sprendimas dėl cenzūravimo kelia tokią sąnaudų ir naudos problemą, ir negalima pasakyti, kad jo politinė galia neišvengiamai padidėja, kai dalykas sprendžiamas ne politinių institucijų, o Aukščiausiojo teismo. Išties kyla pagunda tvirtinti priešingai – jog tikrai, pilnakraujei demokratijai iš viso nereikėtų Pirmosios pataisos, mat tuomet kiekvienas konkretus cenzūravimo klausimas būtų sprendžiamas daugumos valia per Kongresą ir valstijų legislatūras. Tačiau šitaip svarstant nueinama per toli, nes, kaip perspėjo Madisonas, žmonėms reikia kokios nors bendros saugomos struktūros, užtikrinančios viešosios informacijos sklaidą, net ir tam, kad galėtų apgalvotai nuspręsti, ar jie nori gauti daugiau informacijos. Jokia demokratija neįmanoma, jei žmonės yra vergai, kurie gal ir galėtų paimti valdžią, jeigu žinotų kaip tai padaryti.

Tačiau priešinga klaida yra tokia pat didelė, mat absurdiška tarti, jog Amerikos elektoratas, kuris jau turi prieigą prie daug daugiau ir kur kas sudėtingesnės viešosios informacijos, nei jis pats nusiteikęs reikalauti, įgytų daugiau demokratinės galios, jeigu Aukščiausiasis teismas, pavyzdžiui, nuspręstų, jog Kongresas negali taisyti Informacijos laisvės akto tam, kad padarytų išimtį Ligų kontrolės centro ataskaitoms nepriklausomai nuo to, kiek žmonių manytų, kad tokia išimtis yra gera idėja. Taigi argumentas, grindžiamas demokratijos struktūra, reikalauja – pati jo vidinė logika reikalauja – nubrėžti kokią nors slenksčio liniją tarp tokių pirmosios Pataisos interpretacijų, kurios būtų skirtos apsaugoti demokratijai, ir tokių, kurios kėsintųsi į demokratiją.

Esama vieno akivaizdaus, nors ir sunkaus, būdo nubrėžti tokią slenksčio liniją. Jis reikalauja iš Aukščiausiojo teismo nusakyti, bent

jau bendrais bruožais, kokio pobūdžio pasikėsinimas į spaudos galias taip suvaržytų informacijos apytaką visuomenėje, kad ši liktų nepajėgi apgalvotai nuspręsti, ar tą spaudos apribojimą reikia panaikinti kitais teisės aktais. Pavyzdžiui, Teismas galėtų nuspręsti, jog bendras arbitralus kokios nors valdžios institucijos nenoras spaudai suteikti iš viso kokią nors informaciją ar galimybę atlikti tyrimą, dėl ko visuomenė liktų visiškai neinformuota apie tai, ar būtina tos žinybos veiklas tirti toliau, patenka į blogąją tos perskyros pusę.[179] Tačiau be galo neįtikinama tarti, jog visuomenė taip dramatiškai nustotų galių, jei spauda būtų neprileidžiama prie keleto baudžiamųjų teismo procesų, kuriuose atsakovas reikalautų tokio neleidimo, prokurorai sutiktų tai padaryti, o teisėjas manytų, jog taip, viską pasvėrus, bus pasitarnauta teisingumo interesams. Valstija, kuri įtvirtintų tokią praktiką, tebebūtų pajėgi nuspręsti, ar ji nepritaria tokiam potvarkiui, ir, jeigu nepritartų, delegalizuoti jį politinio proceso keliu. Taigi jeigu Madisono argumentas, apeliuojantis į demokratijos struktūrą, taikomas konkretiems atvejams, pasitelkiant viešosios kompetencijos slenksčio idėją, Richmond Newspapers byla turėjo būti išpręsta priešingai.

Tačiau esama kito būdo taikyti struktūra grindžiamą argumentą – jį siūlo Brennano nuomonė toje byloje. Jis sakė, jog nors iš principo spauda turėtų turėti neribojamą prieigą prie informacijos, praktiškai tam tikra riba yra būtina, ir pasiūlė nubrėžti tą liniją ne nustatant tokį slenkstį, kurį ką tik svarstėme, bet sveriant kiekvieno individualaus atvejo faktus. Kitaip tariant, jis tartų, jog bet koks spaudos prieigos prie informacijos suvaržymas yra nekonstitucinis, jeigu nėra jokių konkuruojančių interesų, pateisinančių tą suvaržymą, o jeigu tokių yra, klausimas būtų, kuris interesų kompleksas – visuomenės suinteresuotumas informacija ar konkuruojantys interesai – būtų svaresni. *Richmond Newspapers* byloje jis nematė visiškai jokių šitokių konkuruojančių interesų, todėl manė esant nereikalinga svarstyti, kokiu mastu demokratijos struktūra patirtų žalą, jei būtų įdiegtas svarstomasis neleidimas.

Visa tai Brennano argumentą, grindžiamą struktūra, pavojingai priartina prie tos rūšies politinės nuostatos argumento, kurį teikia

Millis. Nors pats Brennanas visada buvo vienas aistringiausių laisvo žodžio advokatų, jo argumentas palankus cenzūrai tais atvejais, kai ji, viską pasvėrus, būtų naudinga bendrajai gerovei arba veikiau kai visuomenė mano, kad cenzūra būtų naudinga gerovei. Mat balansas, apie kurį kalba Brennanas, galėtų būti nepalankus *The Progressive,* pavyzdžiui, užuot tapęs argumentu už. Nėra beprasmiška tarti, jog duomenų apie atominius dalykus skelbimas kokiu nors mastu didina pavojų visuomenei. Tačiau absurdiška manyti, jog tokio publikavimo varžymas – toks, kokį rekomenduoja Brennanas, – imant savaime, žalotų Amerikos demokratijos struktūrą kokiu nors reikšmingu mastu arba paliktų visuomenę, turinčią nemaža bendrų žinių apie atominius pavojus, nepajėgią nuspręsti, ar reikia persigalvoti ir pašalinti tuos suvaržymus įprasto politinio proceso keliu. Pats Brennanas darytų perskyrą tarp bylų, keliančių prieigos prie informacijos klausimą, tokių kaip *Richmond Newspapers* byla, ir tiesioginės cenzūros atvejų, tokių kaip *The Progressive* byla. Tačiau teoriją, kurią jis išsakė kaip tinkamą pirmiesiems atvejams, būtų visai nesunku išplėtoti į bendrą struktūrinę Pirmosios pataisos teoriją, ir laisvė tuomet nukentėtų.

Aukščiausiojo teismo procedūros Franko Sneppo byloje buvo neįprastos ir nepateisinamos. Tačiau ir nutartis, mano galva, buvo neteisinga iš esmės, o ne tik procedūros požiūriu ir kaip teisinio atitaisymo priemonė. Preciziško svarstomojo konstitucinio klausimo identifikavimo sumetimais galime daryti prielaidą, jog esama štai kokių faktų (kai kuriuos iš jų jau nusakiau anksčiau). Sneppas priimamas į CŽV pasirašė sutartį, reikalaujančią pateikti aprobuoti bet kokią medžiagą apie Valdybą, medžiagą, kurią vėliau pageidautų publikuoti. Jis nebūtų gavęs to darbo, jei būtų atsisakęs pasirašyti tokią sutartį. Knygoje *Pagarbus atstumas* (*Decent Interval*), kurią jis vėliau išleido, nepateikęs aprobuoti, nebuvo panaudota jokios informacijos, sudarančios valstybės paslaptį. Jeigu jis niekuomet nebūtų dirbęs CŽV ir niekuomet nebūtų pasirašęs tos sutarties, jis būtų buvęs laisvas išleisti knygą su tokia pačia informacija be jokio išankstinio aprobavimo,

ir jam nebūtų buvę galima taikyti visiškai jokios baudžiamosios sankcijos. Iš tiesų, jeigu Kongresas išleistų įsatymą, reikalaujantį iš knygų apie CŽV autorių pateikti rankraščius šiai žinybai iš anksto aprobuoti, toks įstatymas būtų nekonstitucinis, nes pamintų autorių teises, saugomas Pirmosios pataisos.[180]

Taigi klausimas yra toks: ar Sneppas, priimtas į CŽV ir pasirašęs sutartį, atsisakė savo konstitucinių teisių publikuoti paslapties nesudarančią informaciją apie tą žinybą – teisių, kurias, akivaizdu, turėtų bet kuris kitas asmuo, kurio padėtis ne tokia kaip jo? Klausimą šitaip formuluoju tam, kad parodyčiau, jog vienas iš argumentų, kuriuos CŽV norėjo panaudoti prieš Sneppą, neatitinka reikalo esmės. Valdyba teigė, jog išankstinio aprobavimo reikalavimas, kuriuo jis susisaistė pasirašydamas su ja sutartį, jam nepadarė jokios žalos. Jeigu peržiūra atskleistų, kad jis nori publikuoti valstybės paslaptį sudarančią informaciją, Valdyba imtųsi veiksmų užkirsti tam kelią. Tačiau, kaip teisingai teigė CŽV, Sneppas neturi jokių konstitucinių teisių publikuoti valstybės paslaptį sudarančią informaciją. Jam liko laisvė publikuoti bet kokią paslapties nesudarančią informaciją, kai peržiūra yra užbaigta, – lygiai tokia pat laisvė, kokią turėtų bet kuris kitas asmuo. Sutartyje įrašytas aprobavimo reikalavimas (anot CŽV) tik suteikė Valdybai teisėtą galimybę pačiai įvertinti, ar medžiaga, kurią ketinama publikuoti, sudarė valstybės paslaptį, ir imtis visų reikiamų žingsnių, kad atgrasintų visokios medžiagos, kuri sudarė valstybės paslaptį, publikavimą. Taigi sutartimi nebuvo atsisakyta jokios konstitucinės teisės.

Tačiau jeigu, kaip aš tariu, net Kongresas negalėtų iš tų, kurie neturi jokių saitų su CŽV, reikalauti pateikti rankraščius apie ją iš anksto patikrinti, tai ši žinyba neturi galimybės teigti, jog išankstinis patikrinimas neturi nieko bendra su cenzūra. Victoro Marchetti'o, pateikusio CŽV aprobuoti savo rankraštį, atvejis parodo (jeigu dar reikia tokių įrodymų), kaip dėl išankstinio patikrinimo reikalavimo tai, ką autorius gali pasakyti, tampa kompromiso, derybų ir vilkinimo dalyku, smelkiamu bylinėjimosi grėsmės, o ne autoriaus *ketinimų* dalyku, nors būtent jie turėtų būti lemiami, anot Pirmosios pataisos.[181]

Taigi klausimas yra tiesiog tas, ar Sneppas atsisakė tų Pirmosios pataisos užtikrinamų teisių, kad ir kokios jos būtų, kurias jis priešingu atveju būtų turėjęs. Ir vėl viskas priklauso nuo to, kokio požiūrio laikomasi dėl laisvo žodžio teisės prasmės ir galios. Sneppo teisininkai jo peticijoje su reikalavimu persvarstyti bylą Aukščiausiajame teisme teigė, jog „nepatikrinti buvusių valdžios pareigūnų, ėjusių pasitikėjimą numatančias atsakingas pareigas, suteikiančias prieigą prie pačios jautriausios nacionalinio saugumo informacijos, atsiminimai buvo neįkainojamas indėlis į viešuosius debatus ir supratimą. Neįrodyta, kad daugybės tokių tekstų publikavimas padarė žalos šalies gerovei, ir tai paneigia reikalą iš anksto suvaržyti CŽV pareigūnus". Šis argumentas yra neįtikinamas, jeigu juo norima pasakyti, jog leisti Sneppui atsisakyti Pirmosios pataisos užtikrinamų teisių būtų neteisinga dėl to, kad tai būtų žalinga bendrajai gerovei.

Iš tiesų, jeigu CŽV ir kitoms saugumo tarnyboms leidžiama diktuoti išankstinio publikavimo aprobavimo reikalavimus kaip įdarbinimo sąlygą, tai, laikui bėgant, visuomenės, be abejo, nepasiektų tam tikra informacija, kuri šiaip ją pasiektų. Tačiau CŽV politinės nuostatos argumentai prieš šį argumentą – jog jos žvalgybinės informacijos rinkimo operacijų efektyvumas būtų pakirstas, jeigu ji neturėtų galimybės iš anksto patikrinti buvusių agentų publikacijų, – nėra nepamatuotas. Be abejo, Valdyba hiperbolizavo tokio tikrinimo reikšmę. Pavyzdžiui, pasak jos, jeigu Sneppas būtų laimėjęs savo bylą, užsienio tarnybos būtų liovusios teikti žvalgybinę informaciją Jungtinėms Valstijoms. Tos užsienio žvalgybos nėra tokios kvailos, kad manytų, jog buvusių agentų knygos yra pagrindinis informacijos nuotėkio iš CŽV šaltinis. Vis dėlto, net jeigu pripažįstame, jog būta hiperbolizacijos, vis tiek įtaigu tarti, jog CŽV būtų efektyvesnė, jeigu turėtų galimybę iš anksto pareikšti nuomonę dėl vieno ar kito fragmento ir perspėti savo draugus, įskaitant užsienio žvalgybos tarnybas, dėl to, kas netrukus pasirodys knygynuose.

Tačiau tai reiškia, jog esama tikro politinės nuostatos klausimo dėl sąnaudų ir naudos, kurį reikia išspręsti: ar ilgalaikėje perspektyvoje visuomenės gerovės atžvilgiu yra naudingiau, ar žalinga, jeigu

tokios knygos kaip Sneppo yra sulaikomos ir jų leidimas apsunkinamas? Klausimas, ar Sneppas atsisakė savo teisių, yra naujas konstitucinės teisės klausimas. Atsakymo į jį nepateikia nei joks ankstesnis Aukščiausiojo teismo sprendimas, nei kokios nors įtvirtintos konstitucinės politinės nuostatos, ginančios žodžio laisvę. Jeigu tariame, jog jį turi išspręsti koks nors sąnaudų ir naudos apskaičiavimas, numatantis, kas ilgalaikėje perspektyvoje padarys bendruomenės padėtį geresnę bendru mastu, – kaip gali sugestijuoti Sneppo advokatų argumentas, – tai argumentas, jog teismai jį turi išspręsti Sneppui palankiu būdu, o ne palikti Kongresui ir žmonėms, nėra labai stiprus.

Tačiau jo advokatų argumentas yra daug stipresnis ir man atrodo teisingas, jeigu jo intencija yra nukreipti dėmesį ne į bendrąją gerovę, o į teises tų, kurie nori išklausyti tai, ką nori pasakyti Sneppas. Mat šie piliečiai mano, jog jie turės geresnes galimybes daryti įtaką politiniams sprendimams, turintiems padarinių CŽV, jeigu jie daugiau žino apie šios žinybos elgesį, o Sneppo privatus sprendimas atsisakyti savo teisės jiems kalbėti neturėtų atimti iš jų konstitucinės teisės išklausyti.

Dabar turiu šį tą pasakyti apie šią konstitucinę teisę išklausyti. Konstitucija, kaip visuma, apibrėžia ir diktuoja sąlygas, kuriomis piliečiai gyvena teisingoje visuomenėje, ir centrinės svarbos dalyku šioms sąlygoms skelbia tai, kad kiekvienas pilietis galėtų balsuoti ir dalyvauti politikoje kaip lygus kiekvienam kitam. Laisvas žodis yra būtinas lygiam dalyvavimui, bet būtina yra ir kiekvieno piliečio teisė į tai, kad kitiems, kurių prieiga prie informacijos galbūt yra geresnė nei jo, nebūtų draudžiama kalbėti jam. Akivaizdu, jog tai ne politinės nuostatos dalykas: ne daugumos valios apsaugos ar bendrosios gerovės užtikrinimo ilgalaikėje perspektyvoje klausimas. Lygiai taip pat, kaip dauguma pažeidžia kalbėtojo teisę, jį cenzūruodama, net jei bendruomenės padėtis pagerėtų, jeigu jis būtų išcenzūruotas, lygiai taip pat ji pažeidžia ir teisę kiekvieno potencialaus klausytojo, kuris mano, jog jo paties dalyvavimas politikoje efektyvumo atžvilgiu arba jo reikšmės jam atžvilgiu pagerėtų, jeigu jis galėtų išklausyti tą kalbėtoją.

Apskritai teisė išklausyti yra parazitiška teisės kalbėti atžvilgiu, kuri sudaro Pirmosios pataisos šerdį, ir paprastai ji adekvačiai apsaugoma tuomet, kai nekompromisiškai įgyvendinama ta ašinė teisė kalbėti. Mat teisė išklausyti – tai ne teisė sužinoti tai, ko niekas nenori pasakyti.[182] Tačiau teisė išklausyti būtų rimtai pažeista, jeigu visos valdžios žinybos turėtų laisvę kaip įdarbinimo sąlygą kelti reikalavimą, kad pareigūnai atsisakytų savo teisių vėliau paviešinti valstybės paslapties nesudarančią informaciją, prieš tai neatsiklausę tos žinybos.

Žinoma, įstatymas išties leidžia privatiems piliečiams ar firmoms išsireikalauti konfidencialumo pažadą dėl komercinių paslapčių, asmeninių dienoraščių turinio ar panašių dalykų atskleidimo. Tačiau Sneppo byla yra kitoks atvejis. Teisė išklausyti įeina į teisę dalyvauti politikoje kaip lygiam, ir informacija apie CŽV elgesį Vietname yra, akivaizdu, reikšmingesnė politinei veiklai nei informacija apie verslo paslaptis ar asmeninius privačių piliečių reikalus.[183]

Taigi klausimas, ar reikia įgyvendinti sutartimi įtvirtintą teisės kalbėti atsisakymą, turint omenyje konstituciškai saugomą kitų teisę išklausyti, yra toks, kuris – kaip ir labai daug kitų teisinių klausimų – reikalauja nubrėžti. Aukščiausiasis teismas *Snepp* byloje turėjo dvi skirtingas galimybes. Jis galėjo pasakyti, jog vyriausybės žinybos, kitaip nei privatūs asmenys ar firmos, niekuomet negali jokio Pirmosios pataisos užtikrinamų teisių atsisakymo paversti įdarbinimo sąlyga. Ta perskyra būtų pateisinama tuo pagrindu, jog informacija apie valdžios žinybas yra, pagal prezumpciją, informacija, didžiai svarbi dalyvavimui politikoje, tuo tarpu informacija apie privačias firmas, nors ir gali būti svarbi, tokia nėra prezumpciškai.

Arba Teismas galėjo pasakyti, jog valdžios žinyba niekuomet negali paversti tokio atsisakymo įdarbinimo sąlyga, jeigu tokios sąlygos nėra aiškiai nustatęs Kongresas, o ne pati žinyba. Šis silpnesnis reikalavimas būtų pateisinamas tuo pagrindu, jog šis sprendimas – sprendimas ar grėsmė, kurią buvusių agentų be išankstinio patikrinimo publikuojama medžiaga kelia nacionaliniam saugumui, yra pakankamai rimta, kad pateisintų teisės išklausyti ignoravimą, – yra

sprendimas, kurį turi priimti pati nacionalinė legislatūra, o ne žinyba, kurios suinteresuotumas konfidencialumu galėtų paveikti jos sprendimą. Išties galima suabejoti, ar šis antrasis, silpnesnis reikalavimas yra pakankamas siekiant patenkinti Pirmosios pataisos standartus. Tačiau nėra reikalo čia toliau spekuliuoti šiuo klausimu, nes tiek silpnesnis, tiek griežtesnis reikalavimas būtų suteikęs argumentą už sprendimą, palankų Sneppui.

Tačiau verta paklausti, ar kitoks argumentas – nesiremiantis kitų teisėmis išklausyti, o vietoj to grindžiamas tiesiogiai pačiam Sneppui Pirmosios pataisos suteikiama teise kalbėti, – taip pat būtų pateisinęs sprendimą, atsisakantį pripažinti galią teisių atsisakymui, įtvirtintam sutartimi. Galėtų atrodyti, jog toks argumentas, besiremiantis tiesiogiai paties Sneppo teisėmis, turi sužlugti, nes jo sprendimas pripažinti darbą teisių atsisakymo kaina buvo laisvas ir informuotas pasirinkimas. Jeigu Sneppas (kuris, kaip taikliai pasakė CŽV teisininkas, žinojo, kad jis priimamas ne į skautų organizaciją) laisvai atsisakė visų savo Pirmosios pataisos suteikiamų teisių, sutikdamas su išankstiniu patikrinimu, kodėl teismai dabar turėtų jį atleisti nuo jo įsipareigojimo, kai tai pasirodo nepatogu? Kodėl teismai turėtų neleisti ir kitiems ateityje apsispręsti atsisakyti savo teisių – o tokį neleidimą jie įtvirtintų dabar priimdami Sneppui palankų sprendimą?

Toks buvo CŽV argumentas ir jis nugalėjo. Tačiau jis nėra toks stiprus, koks atrodo, nes pagrįstas klaidinga analogija tarp konstitucinės teisės ir nuosavybės objekto. Pirmoji pataisa teisių nedalija kaip kliento kortelių, kurių paskirtis yra padidinti suminę kiekvieno piliečio gerovę. Konstitucija kaip visuma, kaip sakiau, išdėsto sąlygas, kuriomis piliečiai turi būti laikomi sudarančiais lygių bendruomenę. Individualus pilietis, kaip ir dauguma, negali iš naujo apibrėžti tų sąlygų. Konstitucija jam neleidžia parsiduoti į vergovę arba iškeisti savo teises pasirinkti religiją. Taip yra ne dėl to, kad toks sandoris niekuomet neatitinka jo interesų, o dėl to, kad jokiu atveju netoleruotina, kad pilietis būtų vergas arba įkeistų savo sąžinę.

Klausimas, kurį reikia kelti, kai svarstome, ar gali būti atsisakyta tam tikros konstitucinės teisės, yra šis: ar toks atsisakymas paliks tą

asmenį tokioje padėtyje, kuri laikytina Konstitucijos užtikrinamos lygybės praradimu? Kadangi pagal Pirmosios pataisos apibrėžimą lygi padėtis apima teisę viešai išsakyti savo bendrapiliečiams tai, ką asmuo laiko svarbiu, taip pat teisę nenusižengti sąžinei religijos dalykuose, laisvo žodžio teisė, ne kitaip nei teisė į religinius įsitikinimus, neturėtų būti derybų objektas. Štai kodėl analogija su nuosavybės teisėmis yra išties prasta. Jeigu aš sudarau finansinį sandorį, dėl kurio vėliau imu gailėtis, aš būsiu praradęs pinigus. Tačiau mano kaip asmens, dalyvaujančio politikoje kaip lygus, statusas nebus pamintas – bent jau pagal konstitucinį sąlygų, būtinų tam statusui, apibrėžimą. Aš neparsidaviau į vergovę ar neleidau kitaip pakeisti savo padėties į tokią, kurią Konstitucija apibrėžia kaip vergišką.

Kartoju, šis argumentas nepateisina išvados, jog asmuo niekuomet neturėtų turėti galios sutikti neskelbti tam tikros informacijos arba pateikti ją iš anksto patikrinti. Mat ne bet koks šitoks sutikimas palieka tą asmenį tokioje padėtyje, kuri sugriauna jo kaip politiškai lygaus statusą. Todėl Aukščiausiasis teismas turi surasti liniją, kad atskirtų leistinus konstitucinės teisės kalbėti atsisakymus nuo neleistinų, ir bet kuri iš tų linijų, kurias nustatėme, kai ką tik svarstėme auditorijos teisę išklausyti, galėtų tikti ginant kalbėtojo teisę kalbėti.

Kitaip tariant, Teismas galėtų pasakyti, kad joks atsisakymas nėra leistinas kaip įdarbinimo valstybės žinyboje sąlyga arba kad joks toks atsisakymas nėra leistinas, jeigu jis nėra eksplicitiškai leistas Kongreso. Tačiau savo trumpoje ir negalinčioje patenkinti *per curiam* nuomonėje Teismas nesvarsto šių galimų perskyrų, iš kurių kiekviena būtų parėmusi Sneppo ieškinį. Teismas tarė, jog tas, kuris dirba valdžios žinyboje, galėtų atsisakyti savo Pirmosios pataisos užtikrinamų teisių net ir nesant specialaus Kongreso leidimo. Šios prielaidos klaida yra ta, kad tariama, jog konstitucinė teisė yra tiesiog asmeninės nuosavybės objektas.

Tad turėjo būti konstatuota, jog Sneppas nėra atsisakęs savo Pirmosios pataisos užtikrinamų teisių. Ši išvada yra neapeinama norint apsaugoti kitų teises išklausyti, taip pat neišvengiama norint apginti paties Sneppo nepriklausomybę. Tačiau šis argumentas už Sneppą

priklauso nuo žodžio laisvės ir Pirmosios pataisos koncepcijos, kurią gyniau anksčiau. Jis priklauso nuo prielaidos, jog laisvas žodis yra principo dalykas, taigi – kad patiriama didelė neteisybė, o ne tik abstrakti grėsmė bendruomenės bendrai gerovei, kai tas, kuris nori išsakyti savo poziciją, yra užčiaupiamas arba kontroliuojamas, arba sulaikomas. Tik šitaip suprantant laisvą žodį, tampa aišku, kodėl taip svarbu ginti net buvusį CŽV agentą, kuris pasirašė sutartį ir žinojo, kad priimamas ne į skautų organizaciją. *Farber* ir *Herbert* bylos rodo, kodėl Pirmoji pataisa, taip suvokiant, nesuteiks spaudai visų tų galių ir privilegijų, kurių ji nori. *Richmond Newspapers* byla rodo, kodėl ta Pataisa gali netgi leisti atimti iš spaudos kai kurias jos iškovotas teises. Tačiau *Progressive* ir *Snepp* bylos rodo, kodėl ši koncepcija vis tiek yra privaloma Amerikos konstitucinei demokratijai. Pirmoji pataisa privalo būti apsaugota nuo jos priešų, tačiau taip pat ji turi būti saugoma ir nuo jos geriausių draugų.

Išnašos

1 Marshall Cohen, ed., *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence* (Totowa, N. J.: Rowman and Allanheld, 1984). Apie principo ir politinės nuostatos perskyrą žr. Kento Greenwalto esė šioje rinktinėje ir mano atsakymą į ją.

2 J. A. G. Griffiths, *The Politics of the Judiciary* (Manchester: Manchester University Press 1977; paperback ed., New York: Fontana Books, 1977).

3 Charter v. Race Relations Board (1973), A.C. 868.

4 Dockers' Labour Club v. Race Realations Board (1975), A.C. 259.

5 Secretary of State for Education and Science v. Tameside Metropolitan Borough Council (1976), 3 W.L.R. 641.

6 Shaw v. D.P.P (1961), 2 W.L.R. 897.

7 Liversidge v. Anderson (1942), A.C. 206.

8 *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977; London: Duckworth, 1978). (Ronald Dworkin, *Rimtas požiūris į teises,* vertė Karolis Klimka, Vilnius, Lietuvos rašytojų sąjungos leidykla, 2004.)

9 Kodėl – plačiau aiškinu *ibid.,* sk. 4. 11.

10 Learned Hand, *The Bill of Rights* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1962).

11 Kai kurie iš klausimų, svarstomų šioje esė – konkrečiai, grupės psichologijos teorija apie įstatymų aiškinimą – plėtojami toliau, 16-ame skyriuje „Kaip skaityti Pilietinių teisių aktą".

12 Marbury v. Madison, 5 U. S. (1 Cranch) 137, 173–179 (1803).

13 Žr. *West Coast Hotel Co. v. Parrish* bylą, 300 U.S. 379 (1937) (patvirtintas Vašingtono valstijos minimalaus atlyginimo moterims įstatymas),

kurioje atšauktas *Adkins v. Children's Hospital* bylos sprendimas, 261 U.S. 525 (1923). Žr. Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973) (Teksaso baudžiamasis aborto įstatymas paskelbiamas nekonstituciniu).

14 United States v. Carolene Prods. Co., 304 U.S. 144, 152 n. 4 (1938). John Ely, *Democracy and Distrust* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981).

15 Žr., pvz., ibid., p. 1; Thomas Grey, „Do We Have An Unwritten Constitution?", 27 *Stanford Law Review* 703 (1975); Michael J. Perry, „Interpretivism, Freedom of Expression, and Equal Protection", *Ohio State Law Journal,* 42: 261, 263–265 (1981). Nors būtent šios frazės yra įprastos, vartojamos ir kitos. Paulas Brestas, pavyzdžiui, kalba apie „originalizmą" ir „neoriginalizmą", norėdamas atskirti „originalistines" teorijas nuo teorijų, kurios yra interpretatyvistinės kokia nors prasme, neimplikuojančia pirminio teksto interpretacijos. Žr. Brest, „The Misconceived Quest For The Original Understanding", *Boston University Law Review,* 60: 204–205 (1980). Mūsų svarstymas taikytinas taip pat ir šiai perskyrai.

16 Žr. Ely, 3 išn., p. 43–72 (pateikia kritinį šių netekstinių standartų kompendiumą).

17 Žr. pvz., Raoul Berger, „Ely's 'Theory of Judicial Review'", *Ohio State Library Journal,* 42: 87, 120–121 (1981); Robert J. Bork, „Neutral Principles and Some First Amendment Problems", *Indiana Law Journal,* 47: 1, 6 (1971).

18 Žr. Raoul Berger, *Government by Judiciary* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977), p. 249–258, 387–396. (Kūrėjai neturėjo intencijos, kad prigimtinė teisė suteiktų teisėjams galią peržengti pozityvius Konstitucijos apribojimus); Perry, „Interpretivism", note 4 above, p. 267–270. (Kūrėjai nekonstitucionalizavo prigimtinės teisės.)

19 Žr., pvz., Grey, note p. 4, 707–710, 718; Perry, „Interpretivism", note 4, p. 265, 296–297, 300; Terrence Sandalow, „Judicial Protection of Minorities", *Michigan Law Review,* 75: 1162, 1179–1181, 1193 (1977). Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954); Bolling v. Sharpe, 347 U.S. 497 (1954).

20 Žr. Jeremy Bentham, *Of Laws in General,* ed. H. L. A. Hart (Atlantic

Highlands, N.J. : Humanities Press, 1970); J. L. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (London, 1832), pp. 9–33; Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* (Berkley: University of California Press, 1978), p. 193–195.

21 Žr. H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (Berkeley: University of California Press, 1976).

22 Brest, 4-a išn.

23 Žr. H. P. Grice, „Uterer's Meaning and Intentions", *Philosophical Review,* 78: 147 (1969); H. P. Grice, „Uterer's Meaning, Sentence-Meaning and Word-Meaning", *Foundations of Language,* 4: 225 (1968); H. P. Grice, „Meaning", *Philosophical Review,* 66: 377 (1957).

24 Galbūt klaida netgi tarti, jog balso atidavimas stambioje legislatyvinėje struktūroje apskritai yra kalbėjimo aktas. Čia negaliu toliau plėtoti šios minties.

25 Įdomu tai, jog konstitucinių tekstualistų praktika čia atrodo skirtinga nuo kongreso tekstualistų praktikos. Įprastiniame įstatymų interpretacijos procese, manau, mūsų nedomintų laiškai, parašyti senatoriaus savo sūnui, besimokančiam koledže. Tačiau tarkime, jog aptinkamas Madisono laiškas jo dukterėčiai. Plg. Ely, note 3, 35–36 (lyginama Madisono Devintosios pataisos aiškinimas Kongreso salėje – nepalankus – su jo ankstesniu svarstymu laiške Jeffersonui). Be abejo, šis skirtumas atspindi momentą, pažymėtą anksčiau: jog Konventui labiau pavyko grupės intencijos idėją paversti techniniu terminu įprastinės legislatyvinės interpretacijos kontekstuose nei konstitucinėje interpretacijoje.

26 Perry, „Interpretivism", note 4, 299.

27 Akivaizdu, jog Perry taria, kad jo trijų reikšmių schema apima visas galimybes, nes jo argumentas reikalauja tos prielaidos; tai akivaizdu ir dėl to, kad jis pretenduoja „išdėstyti įvairius galimus santykius tarp bet kokios galią ribojančios konstitucinės nuostatos pirminio supratimo ir bet kokios šiandieninės politinės praktikos, kurią teigiama pažeidus tą nuostatą". Perry, „Interpretivism", note 4, 299.

28 Perskyra tarp abstrakčios ir konkrečios intencijos yra susijusi su – tačiau skiriasi nuo – perskyros, naudojamos kalbos filosofijoje, tarp „perregimų" (*transparent*) ir „neperregimų" (*opaque*) propozicinių nuostatų.

Žr., pvz., W. V. Quine, *Word and Object* (Cambridge, Mass.: MIT Press, 1960), pp. 141–146; W. V. Quine, „Quantifiers and Propositional Attitudes", *Journal of Philosophy,* 53: 177 (1956).

29 Žr. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977; London: Duckworth, 1978), pp. 131–149.

30 Žr., pvz., Henry P. Monaghan, „Our Perfect Constitution", *New York University Law Review,* 56: 379–380, ir išn. 155; Stephen R. Minzer ir James W. Nickel, „Does the Constitution Mean What It Always Meant?", *Columbia Law Review,* 77: 1029, 1037–1041 (1977); Perry, „Interpretivism", išn. 4 aukščiau, p. 298.

31 Aš sakiau, jog tas, kuris liepia savo vaikams nesielgti su kitais neteisingai, „turi intenciją", kad jie nedarytų to, kas iš tikrųjų yra neteisinga, o ne intenciją, kad jie nedarytų to, ką jis, tėvas, mano esant neteisinga. Dworkin, *Taking Rights Seriously,* p. 134. (*Rimtas požiūris į teises,* vertė Karolis Klimka. Vilnius: Lietuvos rašytojų sąjungos leidykla, 2004.) Šitai nepaneigia to, kad jeigu tėvas mano esant neteisinga sukčiauti per egzaminus, jo intencija yra ta, kad jo vaikai nesukčiautų per egzaminus. Veikiau tai liečia klausimą, kurį aš aptarinėju vėliau šioje esė, – tėvo „dominuojančios" intencijos klausimą. Aš noriu pasakyti, kad tėvas nebūtų turėjęs intencijos, kad jo vaikai nesukčiautų per egzaminus, jeigu jis nebūtų manęs, kad sukčiauti yra neteisinga.

32 Perry formuluotė šiuo atžvilgiu taikli: „Visiškai nepateikiama jokių įrodymų, kurie paremtų propoziciją, jog konstitucinių provizijų, tokių kaip laisvo žodžio, laisvos spaudos ir vienodos apsaugos klauzulės, Kūrėjai turėjo intenciją konstitucionalizuoti „plačias" sampratas, o ne konkrečias „koncepcijas". Perry, „Interpretivism", išn. 4 aukščiau, p. 298.

33 Taip formuluodamas seku Brestu (Brest, išn. 7 aukščiau, p. 212, 215–216), tačiau turiu šiokių tokių abejonių, ar išvis galima šias nuomones vadinti intencijomis.

34 Dworkin, *Taking Rights Seriously,* pp. 133–136. (*Rimtas požiūris į teises,* vertė Karolis Klimka. Vilnius: Lietuvos rašytojų sąjungos leidykla, 2004.)

35 Žr., pvz., Munzer and Nickel, išn. 19 aukščiau, pp. 1039–1041; išn. 21 aukščiau.

36 Brest, išn. 4 aukščiau, p. 215.

37 Šį momentą plačiau svarstau ir taikau politinei utilitarizmo teorijai šios knygos 17-ame sk. „Ar turime teisę į pornografiją?"

38 Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965) (panaikintas Konektikuto valstijos draudimas naudoti kontraceptines priemones). 410 U.S. 113 (1973) (panaikintas Teksaso valstijos įstatymas, draudžiantis abortą). Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905) (panaikintas Niujorko valstijos įstatymas, nustatantis kepėjų darbo valandų maksimumą).

39 United States v. Carolene Prods. Co., 304 U.S. 144, 152 n. 4 (1938).

40 J. Ely, 3 išn. aukščiau.

41 Ją remiančius argumentus plėtoju kn. *Taking Rights Seriously,* p. 234–239 (*Rimtas požiūris į teises*), bei str. „Social Sciences and Constitutional Rights – The Consequences of Uncertainty", *Journal of Law and Education,* 6: 3, 10–12 (1977); bendrais bruožais savo argumentus apmesiu artimiausiame skyriuje.

42 Ely argumento esmė yra ta, jog nei tradicija, nei konsensas neteikia tvirto pamato išsiaiškinti fundamentalioms vertybėms. Žr. J. Ely, išn. 3 aukščiau, pp. 60–69.

43 Žr. Hugh Thomas, *A History of the World* (New York: Harper & Row, 1979), p. 388 (cituojamas Churchillis).

44 Žr. Commentary, *New York University Law Review,* 56: 525, 528 (1981) (J. Ely'io pastabos) („tam tikru momentu ... [mano] teisėjas liks iš esmės akis į akį su savimi", plėtodamas procedūrinį demokratijos modelį); plg. J. Ely, išn. 3 aukščiau, p. 75 (pats dalyvavimas gali būti suvokiamas kaip vertybė; Teismas turi laikytis „dalyvavimo vertybių").

45 Girdamas „teoriją", kurios Teismas laikėsi Pirmosios pataisos srityje, kaip „teisingą", Ely paprasčiausiai teigia, jog „teisės, tokios kaip ši [laisvas bendravimas], nesvarbu, ar jos paminėtos aiškiai, ar ne, vis tiek turi būti saugomos itin akylai, nes jos yra be galo svarbios atviro ir efektyvaus demokratiško proceso funkcionavimui", ibid., p. 105.

Žr. John Stuart Mill, *On Liberty,* ed. C. V. Shields (Indianapolis, Ind.: Bobbs-Merrill, 1956), pp. 19–67. „Neteisingos nuomonės ir praktikos ilgainiui pasiduoda faktui ir sutarimui; tačiau faktai ir argumentai, kad produkuotų kokį nors poveikį dvasiai, turi būti jai pateikti"; ibid., p. 25.

Todėl „ypatingas blogis, susijęs su nuomonės raiškos tildymu, yra tas, jog šis atima iš žmonių giminės „galimybę klaidą iškeisti į tiesą" ir įgyti „aiškesnį tiesos suvokimą ir gyvesnį jos įspūdį, produkuojamą jos susidūrimo su klaida"; ibid., p. 21.

46 „Liaudies valdžia be visuotinio informuotumo arba sąlygų gauti informaciją yra ne kas kita kaip Farso arba Tragedijos Prologas; ar veikiau sykiu ir farsas, ir tragedija. Žinojimas amžinai valdys nežinojimą: ir žmonės, kurie nori būti savo pačių Valdytojai, turi apsiginkluoti galia, kurią teikia žinojimas". Jameso Madisono laiškas W. T. Barry (1822 metų rugpjūčio [Aug] 4), perspausdinta kn. *Writings of James Madison,* ed. G. Hunt (1910), 9: 103.

47 Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia, 448 U.S. 555, 587 (1980) (Brennan, J., pritaria nutarčiai). Teisėjas Brennanas teigė, jog „Pirmajai pataisai ... tenka *struktūrinis* vaidmuo užtikrinant ir skatinant mūsų respublikonišką tvarkymosi sistemą"; ibid. Šis vaidmuo implikuoja „Pirmosios pataisos siejimą su tuo komunikacijos procesu, kuris yra būtinas, kad demokratija gyvuotų, o šitai reiškia rūpinimąsi ne tik pačia komunikacija, bet ir tomis prasmingos komunikacijos sąlygomis, be kurių neįmanoma išsiversti"; ibid., p. 588.

48 Aš perimu šią perskyrą iš Johno Rawlso, *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1971), pp. 204–205.

49 A. France, *The Red Lily,* trans. W. Stephens (1908), p. 95.

50 Cohen v. California, 403 U.S. 15 (1971).

51 Teismas samprotavo: „Didžioji dalis lingvistinės raiškos atlieka dvigubą komunikacinę funkciją: ji perteikia ne tik idėjas ... bet ir kitaip neišreiškiamas emocijas. ... Mes negalime palaikyti pažiūros, jog Konstitucijai, sergančiai kognityvinį individualios šnekos turinį, mažai ar visiškai nerūpi ta emocinė funkcija, kuri, praktiškai kalbant, dažnai gali būti svarbesnis viso pranešimo, kurį siekta komunikuoti, elementas"; ibid., p. 26.

52 *Coheno* byloje, kur tariamą žalą „lėmė išskirtinai pranešimo komunikacinis turinys", Teismas pasielgė deramai, atsisakydamas „užgaulią kalbą" įvardyti neginama šneka ir pripažindamas, „jog tai, kas man atrodo užgaulu, jums gali neatrodyti užgaulu." J. Ely, išn. 3 aukščiau, p. 114.

53 Tokį požiūrį į *kai kurių* teisių pateisinimą gvildenau ir gyniau kn. Dworkin,

Taking Rights Seriously, p. 234–236, 275–277. (*Rimtas požiūris į teises,* vertė Karolis Klimka. Vilnius: Lietuvos rašytojų sąjungos leidykla, 2004.) Taip pat žr. 17-ą skyrių toliau, „Ar turime teisę į pornografiją?" Taip pat žr. Dworkin, „Social Sciences", išn. 30 aukščiau, p. 10–12.

54 Žr. J. Ely, išn. 3 aukščiau, p. 82–84. Ely teikia atstovavimo teoriją, kuri remiasi idėja, jog išrinkti pareigūnai turi rodyti „vienodą rūpestį ir pagarbą" visiems (ibid., p. 82) ir besąlygiškai atmeta gryną utilitarinį aiškinimą, ką šitai reiškia, atiduodamas pirmenybę kitam aiškinimui, kuris atrodo panašus į aprašytąjį tekste. Grynas utilitarinis aiškinimas neparemtų paties Ely argumento, jog mažumos interesams konstituciškai yra garantuota „atstovavimo galimybė" (virtual representation) politiniame procese (ibid., p. 82–84) ir kad politiniai sprendimai, pagrįsti rasistine nuostata, (nekonstituciškai) atima tokio atstovavimo galimybę (ibid., p. 153).

55 J. Ely, „Democracy and the Right to be Different", *New York University Law Review,* 56: 397, 399–405 (1981).

56 Žr., pvz., Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 448, 480–492 (1980) (Burger, C.J., paskelbė Teismo nutartį) (patvirtintas Viešųjų darbų samdos akto [Public Works Employment Act] reikalavimo, kad paramos gavėjas naudotų bent 10 procentų gaunamos subsidijos pirkti paslaugoms iš mažumų valdomų įmonių, konstitucingumas); Regents of Univ. of Cal. v. Bakke, 438 U.S. 265, 320 (1978) (Powell, J., paskelbė Teismo nutartį) (Konstitucija neprieštarauja tam, kad valstybinis universitetas naudotų tam tikras rasiškai jautrias priėmimo programas); ibid., p. 328, 336–340, 350–362 (Brennan, J., iš dalies pritardamas, iš dalies atsiribodamas nuo nutarties); (nei Konstitucija, nei *Title VI* nedraudžia preferencinio rasinių mažumų traktavimo kaip priemonės atitaisyti praeities visuomeninę diskriminaciją). Žr. J. Ely, „The Constitutionality of Reverse Racial Discrimination", *University of Chicago Law Review,* 41: 723, 727–741 (1974).

57 J. Ely, žr. aukščiau 3 išn., p. 255 n. 92 (nuorodos praleistos).

58 Naujausią šio argumento versiją ir mano atsakymą jos kiritikams žr. 1-oje išn. nurodytoje kn. *Ronald Dworkin and Contemporay Jurisprudence* 1, bei 17 sk. „Ar turime teisę į pornografiją?" čia.

59 Šie teiginiai buvo kritikuojami. Žr., pvz., H. L. A. Hart, „Between

Utility and Rights", *Columbia Law Review,* 79: 828, 836–846 (1979), bei J. Ely, „Professor Dworkin's External/Personal Preference Distinction", *Duke Law Journal,* 5: 959 (1983).

60 410 U.S. 113 (1973).

61 Learned Hand, *The Bill of Rights* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1958), 73.

62 Perry, „Noninterpretive Review", 25 išn. aukščiau, p. 288–296.

63 [1978] AC 171, [1977] 1 A11 ER 589.

64 British Steel Corporation v. Granada Television Ltd. (be pranešimo)

65 [1976] AC 171, [1977] 1 A11 ER 589.

66 Žr. toliau, 19-as sk., „Ar spauda pralaimi Pirmosios pataisos bylą?"

67 (1979) 123 Sol Jo 605, CA; peržiūrėta [1980] 2 A11 ER 608, HL.

68 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977; London: Duckworth., 1978), 4 sk. (Dworkin, *Rimtas požiūris į teises,* Vilnius, 2004.).

69 Žr., pvz., Mathews v. Eldridge 424 U.S. 319 (1976); Goldberg v. Kelly 397 U.S. 254 (1970).

70 [1978] AC, 245, cituoja Rupert Cross, *Evidence,* 5-as leidimas (London: Butterworths, 1979), p. 315.

71 Dworkin, *Taking Rights Seriously,* 307 ir toliau. (Dworkin, *Rimtas požiūris į teises,* Vilnius, 2004.)

72 Žr. toliau, 5-ą skyrių, „Ar iš tiesų sunkiosiose bylose negalimas teisingas atsakymas?"

73 Žr., pvz., Mashaw, „The Supreme Court's Due Process Calculus for Administrative Adjudication in *Mathews v. Eldridge:* Three Factors in Search of a Theory of Value," *University of Chicago Law Review,* 44: 28 (1976).

74 Laurence Tribe, *American Constitutional Law* (Mineola, N.Y.: The Foundation Press, 1978), p. 503–504.

75 John Mackie, *Ethics: Inventing Right and Wrong* (New York: Penguin Books, 1977), p. 106–107.

76 Gal žodį „dauguma" vartoju ypatingai: įvardyti tiems, kurie tuo tarpu kontroliuoja politinę iš esmės demokratiškos politinės sistemos mašineriją. Jie gali nebūti kiekybinė dauguma, tačiau jie užsitikrino galią per rinkimus pagal procedūras, bent maždaug demokratiškas.

77 Tiesa, kai kurie žmonės teikė principo argumentus prieš branduolinių ginklų panaudojimą. Kai kurios religinės grupės teigia, pavyzdžiui, jog būtų blogai iš tikrųjų panaudoti atominius ginklus, net gynybos sumetimais, taip pat yra blogai grasinti juos panaudoti, net jeigu tas grasinimas pats savaime padarytų branduolinį karą daug mažiau tikėtiną. Tai gana kategoriškas, netgi įprastai nuovokai prieštaraujantis principo argumentas, ir dauguma žmonių, kurie dalyvauja kampanijose prieš raketas, teikia visiškai kitokį – politinės nuostatos argumentą, kad daugiau raketų neatgrasys branduolinio karo, o priešingai, tik labai padidins jo tikimybę.

78 Pranešime, skaitytame anksčiau toje pačioje konferencijoje, kurioje buvo perskaitytas šios esė tekstas.

79 Žr. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977; London: Duckworth, 1978), p. 206 ff. (*Rimtas požiūris į teises,* Vilnius, 2004.)

80 Ibid., p. 208–209.

81 Žr. Michael Dummett, „Truth", in Peter Strawson, ed., *Philosophical Logic* (Oxford: Oxford University Press, 1967), p. 64–66.

82 Žr. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977; London: Duckworth, 1978), p. 81, 107–110. (*Rimtas požiūris į teises,* Vilnius, 2004.)

83 *V* argumentas laiko galima bivalenciją tarp „yra teisinga" ir „yra neteisinga". Ar gali *R* tai paneigti ir teigti, jog „yra teisinga" pati yra miglota? *V* argumentas, kad miglotumas lemia neaiškumą, rėmėsi perskyra tarp teiginio „x nėra ø" ir teiginio „netiesa, kad x yra ø". Ta perskyra yra būtina jo teiginiui, jog „x yra ø", ir teiginys „x yra ne ø" galėtų nebūti teisingas, nebūdamas ir klaidingas. Šią perskyrą galime suvokti, tik jeigu turime nepriklausomus kriterijus teigti, jog kas nors yra „ø", ir teigti, jog tas dalykas nėra „ø". (Sakydamas „nepriklausomas", turiu galvoje tai, kad kriterijai, įgalinantys teigti viena, nėra tiesiog kriterijų teigti kita nebuvimas.) Antraip mums neturėtų jokios prasmės idėja, kad gali būti nepatenkinti mūsų kriterijai teigti viena arba kita. Tariamą „ø" miglotumą kuria ši kriterijų nepriklausomybė. Tačiau ar mes galime šiuo būdu atskirti (1) „*p* yra neteisinga" ir (2) „netiesa, kad *p* yra

teisinga"? (1) sako (pagal ką tik aprašytą analizę), kad kriterijai teigti (*p*) nėra patenkinti. Ji nesako, kad kriterijai teigti (*~ p*) yra patenkinti. Tačiau (2) neatrodo sakąs ką nors daugiau nei tą patį, t. y. kad kriterijai teigti (*p*) nėra patenkinti. Ką dar – daugiau ar mažiau – jį galima būtų manyti teigiant? Tačiau jeigu (1) ir (2) neteikia skirtingų teiginių, tai teiginio „yra teisinga" negalima parodyti esant migloto, bent jau pagal *V* miglotumo teoriją. Skaitytojas gali įtarti, kad *R* buvo apgautas šio argumento. Juk aplinkybė, į kurią *R* atkreipė dėmesį, tikrai gali susiklostyti, kad ir kaip sudėtingai čia būtų aiškinama. Tas, kuriam pasakoma, kad jeigu nėra tiesa, kad sutartis yra šventvagiška, jis turi traktuoti sutartį kaip nešventvagišką, vis tiek gali jaustis kebliai dėl netikrumo, ar nėra tiesa, kad sutartis priešais jį yra šventvagiška. Aš sutinku. Tačiau tai – problema, patiriama *V*, o ne kylanti mano atsakymui į *R* argumentą. Tas, kuris gina bivalentiškumo tezę, kurią aprašiau anksčiau, gali pasakyti, kad kiekviena sutartis yra arba šventvagiška, arba ne, nors ir gali būti neaišku, katra kokia yra, ir išmintingi žmonės gali nesutarti. *V* turi parodyti, kad šis teiginys yra neteisingas, nes teiginys, jog sutartis yra šventvagiška, gali būti nei teisingas, nei klaidingas. *R* praktinė problema trikdo (manau) visą *V* sumanymą, bent jau jeigu ją suprantame kaip argumentą už antrąją tezės, jog teisingo atsakymo nesama, versiją.

84 Šioje esė man rūpi parodyti tik tai, kad teisinis pozityvizmas, net jeigu tai teisinga teorija, neteikia gero argumento antrajai tezės, jog teisingo atsakymo nesama, versijai. Ši pastraipa siūlo argumentą prieš patį pozityvizmą (tiesą sakant, tai vienas iš būdų išsakyti tai, ką įvairiose paskaitose vadinau „atviru" argumentu prieš pozityvizmą). Šioje esė nesiūlau plėtoti šio argumento, bet gali būti pravartu pažymėti štai kokius momentus: (1) Šis argumentas, kaip jis čia pateikiamas, nėra vykęs argumentas prieš tai, ką tekste pavadinau semantiniu pozityvizmu. Jis neveikia, nepasiseka, pavyzdžiui, kaip argumentas prieš tos formos pozityvizmą, kuris teigia, kad teiginys „Tomo sudaryta sutartis yra teisėta" *reiškia*, kad teisėjai turi pareigą pripažinti galią sutarčiai, o teiginys, kad „Tomo sudaryta sutartis yra neteisėta" *reiškia*, kad teisėjai turi pareigą jai nepripažinti galios. (Tačiau semantinis pozityvizmas yra negalimas apginti.) (2) Tas argumentas taip pat nepavyksta kaip argumentas prieš

pozityvizmo formą, kuri grindžia štai kokius teiginius. Teisės teiginius galima suskirstyti į dvi klases, kurias būtų galima pavadinti iš prigimties pozityvių (arba iš prigimties privalomų [*mandatory*] ar pan.) teiginių klase ir iš prigimties negatyvių (ar iš prigimties fakultatyvių *etc.*) teiginių klase, taigi kiekvienam teisės teiginiui ir jo neiginiui viena yra prigimtinai pozityvi, o kita prigimtinai negatyvi. Jeigu taip yra, tai galima apginti tokią pozityvizmo formą, kuri sako, jog pozityvus teisės teiginys yra tiesos funkcijos atžvilgiu ekvivalentiškas tam tikram teiginiui apie įstatymų leidybos aktus, taigi, pavyzdžiui, ji yra teisinga jeigu ir tik jeigu suverenas yra paskelbęs tokį potvarkį; bet kad šitai negalioja negatyviems teisės teiginiams, kurie gali būti teisingi kaip tik dėl suvereno nepaskelbiamo atitinkamo pozityvaus teiginio. Tačiau pažymėtina, jog ši pozityvizmo forma numato tam tikrą redukcionizmą. Kitaip tariant, ji suponuoja, jog visi teisės teiginiai, kurie paviršiuje neteigia ar neneigia pareigų ar laisvės, gali būti išversti – be jokio reikšmės pokyčio ar nuostolio – į teiginius, kurie teigia ar neigia pareigas ar laisvę. Ji taip pat suponuoja, jog kai ši redukcija atliekama, kiekvienas šitaip redukuotas teiginys bus priskirtinas priešingai klasei nei ta, iš kurios redukuojamas jo neiginys, užuot, pavyzdžiui, kiekvieną supratus kaip (iš esmės) laisvės teiginius, kurie negali, teisės požiūriu, abu būti teisingi. Ji suponuoja, be to, jog normatyvinis teiginys, kurį ji išreiškia, būtent tas, jog tai, kas nėra uždrausta, yra leista, yra teisinga teisinės praktikos deskripcija. Ši prielaida gali būti priimtina tais atvejais, kai teisė įgyvendinama tuščioje vietoje, kaip tuo atveju, kai teisinės normos suteikiamos nuosavybei bendruomenėje, kuri neturėjo jokių iki-teisinių nuosavybės santykių. Ji yra nepriimtina, kai kokia nors teisės sritis vystosi žingsnis po žingsnio, o ne institucionalizuojant, o tada tobulinant kokį nors visa aprėpiantį principą – kaip, pavyzdžiui, aplaidumo atvejus reguliuojančios teisės stambių dalių plėtojimo atveju. Šių trumpų pastabų nelaikau veiksmingais argumentais prieš kanoninę pozityvu/negatyvu (ar privaloma/fakultatyvu) perskyrą – tai tik priminimas keblumų, kuriuos tokia perskyra turi pašalinti.

85 Aš viliuosi, jog „naujasis" pozityvistas neteiks kitokio teiginio. Jis galėtų pasakyti, jog *teisinė* sistema egzistuoja, tik jeigu piliečiai ir pareigū-

nai laikosi pamatinių normų, kurias jis manė esant privalomas, ir kad jeigu jie nesilaiko (o veikiau laikosi kokių nors kitokių pamatinių normų tokios rūšies, kokias aš aprašau artimiausiose pastraipose), tai ta institucinė tvarka nelaikytina teisine sistema. Jis negalėtų pateikti jokio pateisinimo, suformuluoto įprastine kalba, šiam lingvistinės tironijos manifestui, tad jo teorija taptų tiesiog kategorine nuostata (*an unprofitable stipulation*), nelyginant koks literatūros studentas teigtų, jog įvairios literatūros kritikos formos, aprašomos artimiausioje teksto pastraipoje, būtų ne *literatūros* kritika. Jis įkliūtų į tos pačios banalybės spąstus, jeigu sakytų, jog nors politinė tvarka gali būti laikoma teisine sistema, net jeigu būtų laikomasi kitokių pamatinių normų, atsakymas į klausimą, ką teismas turėtų daryti, būtų laikytinas *teisiniu* atsakymu, tik jeigu jis būtų generuotas jo propaguojamų pamatinių normų, nesvarbu, ar jis generuotas jų normų.

86 Dworkin, „Hard Cases", *Taking Rights Seriously* (*Rimtas požiūris į teises,* Vilnius, 2004).

87 Ibid.

88 Santykį tarp šių dviejų dimensijų pateisinimo argumentų svarstau tekste „A Reply to Critics", *Taking Rights Seriously* (paperback ed., 1978) („Atsakymas kritikams", *Rimtas požiūris į teises,* Vilnius, 2004).

89 Žr. Gareth Evans, „Semantic Theory and Tacit Knowledge", kn. Steven H. Holtzman and Christopher M. Leich, eds., *Wittgenstein: To Follow a Rule* (London: Routledge & Kegan Paul, 1981).

90 Vienas iš daugelio svarbių skirtumų tarp interpretacijos mene ir interpretacijos teisėje, kurių šioje esė nenagrinėju, gali būti tas, kad niekas teisėje neatitinka tiesioginės meno kūrinio patirties, nors kai kurie romantinės tradicijos teisininkai vis dėlto kalba apie gero teisėjo „šeštąjį jausmą", leidžiantį jam suvokti, kurie teisinių sprendimų grandinės aspektai atskleidžia „imanentinį" teisės principą, nors jis ir negali iki galo paaiškinti kodėl.

91 Žr. E. D. Hirsch, Jr., *Validity in Interpretation* (New Haven, Conn.: Yale University Press, 1967).

92 John Fowles, *The French Lieutenant's Woman* (Boston: Little, Brown, 1969), p. 105–106.

93 Net pirmąjį romanistą saisto atsakomybė interpretuoti tuo mastu, kuriuo kiekvienas rašytojas privalo tai daryti, o tai apima ne tik interpretavimą rašant, bet ir interpretavimą to žanro, kurio jis imasi. Ar paskesni romanistai turės mažiau kūrybinės „laisvės" nei pirmesnieji? Viena prasme joks romanistas neturi jokios laisvės, nes kiekvieną varžo būtinybė pasirinkti tokią interpretaciją, kuri (jo įsitikinimu) daro tęstinį meno kūrinį geriausią, koks jis gali būti. Tačiau mes jau matėme (ir tolesniame teisės aptarime šitai išplėtosime), kad esama dviejų skirtingų dimensijų, kurių atžvilgiu gali būti tikrinama bet kokia interpretacija: „formalios" dimensijos, kai klausiama, kokiu mastu interpretacija dera su iki tol parašytu tekstu ir jį integruoja, ir „turinio" dimensijos, kurios atžvilgiu tikrinamas racionalumas interpretaciją grindžiančios pažiūros į tai, kas daro romaną gerą. Atrodo protinga tarti, jog vėlesni romanistai tikriausiai – tačiau tikrai ne neišvengiamai – manys, kad pirmąjį iš šių kriterijų gali išlaikyti mažiau interpretacijų, nei galėtų tuo atveju, jeigu jie būtų gavę mažiau parašytų skyrių. Dauguma interpretuotojų manytų, jog tam tikra *Kalėdų giesmės* interpretacija – pavyzdžiui, kad Skrudžas buvo iš prigimties blogas – išlaikytų integralumo kriterijų, jei būtų taikoma pirmiesiems puslapiams, bet ne šio romano pabaigoje. Mūsų nuovoka, kad paskesni romanistai yra mažiau laisvi, gal atspindi būtent šį faktą. Žinoma, šitai nereiškia, kad esama didesnės tikimybės, jog konsensas dėl to, kuri interpretacija teisinga, bus pasiektas veikiau vėliau nei anksčiau grandinėje arba kad labiau tikėtina, jog paskesnis romanistas ras argumentą, kuris nenuginčijamai racionaliai „įrodo" jo interpretaciją esant teisinga. Pagrįstas nesutarimas yra įmanomas tiek formos, tiek turinio plotmėje, ir net jei dauguma romanistų manytų, jog tik tam tikra interpretacija gali derėti su romanu iki tam tikro momento, koks nors lanksčios vaizduotės romanistas galėtų sugalvoti kokį nors dramatišką siužeto posūkį, kuris (jo nuomone) netikėtai suvienija tai, kas iki tol atrodė nereikalinga, ir pateisina tai, kas atrodė nevykę ar trivialu. Ir vėl turėtume būti budrūs, kad nesupainiotume teiginio, jog konsensas retai būtų pasiektas, – bet kuriuo proceso momentu, – su teiginiu, jog bet kurio pavienio romanisto interpretacija būtinai yra „grynai subjektyvi". Nė vienas romanistas jokiu momentu negalės paprasčiausiai išskai-

tyti teisingos teksto, kurį jis gauna, interpretacijos mechanišku būdu, tačiau vien tik iš šito fakto negalima daryti išvados, kad apskritai viena kuri interpretacija nėra pranašesnė už kitas. Bet kuriuo atveju vis tiek bus teisinga teigti, kad visiems romanistams po pirmojo užduotis (jo manymu) sukurti teisingą ligšiolinio teksto interpretaciją yra skirtinga užduotis, nei pradėti naują savo romaną. Žr. išsamesnį aptarimą mano straipsnyje „Natural Law Revisited", *University of Florida Law Review,* 34: 165–188 (1982).

94 Žr. 2-ą knygos skyrių, „Principo forumas".

95 Žr. Stanley Fish, *Is there a Text in This Class?: The Authority of Interpretive Communities* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1980).

96 Žr. W. J. T. Mitchell, ed., *The Politics of Interpretation* (Chicago and London: Chicago University Press, 1983).

97 Mano pirminę esė Stanley Fishas komentavo straipsnyje „Working on the Chain Gang", Texas Law Review, 60, 551–567 (1982); perspausdinta *Critical Inquiry* (September 1982), p. 201. Po to dar pasirodė jo tolesnė kritika: „Wrong Again", *Texas Law Review,* 62: 299–316 (1983).

98 Šioje išnašoje aš detaliau nusakysiu šią perskyrą. Visa apimanti politinė teorija yra struktūra, kurioje elementai daugiau ar mažiau sistemiškai susiję, todėl labai konkrečios politinės nuostatos (kaip antai nuostata, kad pajamų mokesčius dabar reikia padidinti arba sumažinti) yra implikacijos, išvestos iš abstraktesnių nuostatų (tokių kaip nuostata, jog daugelis ekonominės nelygybės fenomenų turėtų būti išgyvendinti), kurios savo ruožtu yra dar abstraktesnių programų implikacijos (tokių kaip pažiūra, jog bendruomenė turėtų būti politiškai stabili), o šios gali būti dar abstraktesnių programų implikacijos. Būtų nerealistiška tarti, jog paprasti piliečiai ir politikai ar netgi politiniai komentatoriai ar teoretikai šitaip organizuoja savo politinius įsitikinimus; tačiau kiekvienas, kuris tariasi daręs politinius sprendimus remdamasis principu, pripažintų, kad kokia nors šitokia jo pozicijos visa apimtimi struktūra turi būti iš principo įmanoma.

Todėl bet kokioje išsamioje politinėje teorijoje galime skirti pagrindines ir išvestines politines nuostatas. Pagrindinė nuostata yra politinė nuostata, turinti savaiminę nepriklausomą vertę: tai tokia svarbi politinė nuostata,

jog bet kuriuo atveju nepajėgumas ją visiškai užtikrinti arba bet koks jos užtikrinimo masto ribojimas yra *pro tanto* žala bendros politinės tvarkos vertei. Išvestinė politinė nuostata yra nuostata, kuri rūpimoje teorijoje nėra pagrindinė.

Bet kokios teorijos pagrindinė nuostata nebūtinai yra absoliuti, nes teorijoje gali būti skirtingų ir tam tikru laipsniu antagonistinių pagrindinių nuostatų. Pavyzdžiui, nors teorija skelbia, kad politinės lygybės nykimas yra *pro tanto* politinės tvarkos teisingumo menkėjimas, ji vis vien gali pateisinti tą nuostolį kaip reikalingą ugdyti gerovei, nes bendras ekonominis klestėjimas taip pat yra pagrindinė nuostata toje teorijoje. Tokiu atveju teorija galėtų rekomenduoti tam tikrą ekonominę tvarką (sakykime, mišrią kapitalistinę ir socialistinę ekonomiką) kaip geriausią kompromisą tarp dviejų politinių pozicijų, nė vienos iš kurių negalima visiškai ignoruoti. Nei lygybė, nei bendroji gerovė nebūtų absoliučios, bet abi būtų pagrindinės, nes teorija reikalautų, jog jeigu būtų *įmanoma* surasti tam tikrų priemonių pasiekti tokį patį klestėjimo lygį neribojant lygybės, tai tas rezultatas įgalintų teisingumo progresą be kompromiso, kuris dabar, deja, neišvengiamas. Tačiau jeigu teorija pripažintų, jog laisvas verslas, turint omenyje visus aspektus, yra geriausia priemonė užtikrinti ekonominiam klestėjimui, bet numatytų galimybę atsisakyti laisvo verslo – nesuvokdama šito kaip kompromiso – tomis retomis progomis, kai laisvas verslas yra nenaudinga, tai verslo laisvės principas toje teorijoje būtų išvestinė nuostata. Teorija neteigtų, kad jeigu būtų galima rasti kokių nors kitų priemonių tokiam pačiam klestėjimui pasiekti, nesuvaržant laisvo verslo, tos kitos priemonės būtų pranašesnės; jeigu laisvas verslas yra tik išvestinė nuostata, tai teorijai nesvarbu, ar verslo laisvė, ar kokia kita išvestinė nuostata yra paaukojama tam, kad būtų pagerinta bendra dalykų padėtis. Turime pasistengti atskirti klausimą, ar tam tikra nuostata tam tikroje teorijoje yra pagrindinė, nuo kito klausimo – ar teorija teikia tai nuostatai imunitetą, aiškindama, jog yra neteisinga persvarstyti nuostatos vertę konkrečiomis progomis. Teorija gali numatyti, jog kai kurios išvestinės nuostatos tam tikrose apibrėžtose situacijose turėtų turėti didesnį ar mažesnį imunitetą, kad negalėtų būti aukojamos, net kai pareigūnai mano, jog tokia auka būtų vertesnė

pagrindinėms nuostatoms, siekiant geriau apsaugoti pagrindinius tikslus ilgalaikėje perspektyvoje. Normų utilitarizmas yra gerai žinomas pavyzdys, tačiau konstitutyvūs tikslai, kuriuos reikia ginti, nebūtinai turi būti utilitariniai. Iš pagrindų egalitarinė politinė teorija galėtų politinę lygybę (vienas žmogus – vienas balsas) suprasti kaip saugomą imuniteto, nors ir išvestinę nuostatą, neleisdama pareigūnams perskirstyti balsavimo galios turint tikslą pasiekti tai, ką jie laiko fundamentalesne lygybe bendruomenėje, nes fundamentalesnė lygybė iš tikrųjų bus sugriauta, užuot jai pasitarnavus, jei bus leidžiama liesti balsavimo teisę. Imuniteto saugomos išvestinės nuostatos nebūtinai turi būti absoliučios – teorija gali numatyti, jog net imunizuota nuostata gali būti paaukota, nepatiriant jokio bendrojo teisingumo nuostolio – net *pro tanto* – kai nauda pagrindinėms nuostatoms yra pakankamai akivaizdi ir aiškiai išreikšta. Tačiau imunizuotos nuostatos galėtų būti paverstos absoliučiomis ir neprarasti savo kaip išvestinių nuostatų pobūdžio.

99 Žr. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977; London: Duckworth, 1978), 12 sk. (*Rimtas požiūris į teises,* Vilnius, 2004).

100 Ibid., p. 227.

101 Žr. Thomas Scanlon, „Preference and Urgency", *Journal of Philosophy,* 72: 655 (1975).

102 Visai kitoks prieštaravimas atkreipia dėmesį į tai, jog kai kurie žmonės turi įgimtų negalių, tokių kaip aklumas ar protinė negalia, todėl jiems reikia daugiau išteklių patenkinti tai pačiai teikiamų pirmenybių schemai. Tai įtaigesnis prieštaravimas mano apytikrės traktavimo lygybės principui, tačiau jis skatina ne pasirinkti kitokį pamatinį paskirstymo principą, o pakoreguoti to principo taikymą – tokias galimas korektyvas svarstysiu vėliau.

103 *Taking Rights Seriously,* pp. 234 ff., 275.

104 Žr. Ronald Dworkin, „Social Sciences and Constitutional Rights", *The Educational Forum,* 41: 271 (March 1977).

105 Laisvės koncepciją, pagrįsta neutralumo samprata, svarstau kitoje knygos esė „Kas nėra liberalizmas".

106 Kitame straipsnyje aš mėginau išplėtoti teorinį perskirstymo standartą –

tą argumentaciją galima apibendrinti taip. Tarkime, jog mes įsivaizduojame, kad visi žmonės vienodai rizikuoja netekti tų talentų, kuriais jie naudojasi kurdami sau gerovę, ir jiems pasiūloma apsidrausti, vienodomis sąlygomis, nuo šios rizikos. Turėdami omenyje tai, ką žinome apie žmonių jautrumą rizikai Jungtinėse Valstijose, galime pagrįstai spekuliuoti apie draudimo, kurį jie pirktų, sumą ir įkainių struktūrą, kuri išsirutuliotų. Mes galime pateisinamai modeliuoti mokesčių ir perskirstymo sistemą pagal šią hipotetinę draudimo rinką, skirdami žmonėms mokesčius, neperžengiančius tos kainos ribos, kurią jie būtų mokėję už draudimą. Šitai užtikrintų daugiau mokesčių ir daugiau lėšų perskirstymui, nei mes užtikriname dabar, tačiau, aišku, ne rezultatų lygybę. Žr. „What is Equality? Part II", *Philosophy and Public Affairs* (Fall 1981).

107 9-ame skyriuje, „Kodėl liberalams turėtų rūpėti lygybė", aprašau lygybės versiją, kuri yra sudėtingesnė nei paprasta lygybė tokia prasme.

108 Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* (2nd ed., Boston: Little, Brown, 1977).

109 Plg.: Sturges v. Bridgman, 11 Ch. D. 852 (1879) ir šios bylos aptarimą R. H. Coase str. „The Problem of Social Cost", *The Journal of Law anf Economics,* 3: 1 (1960).

110 Ibid.

111 Žr., pavyzdžiui, Richard A. Posner, „Utilitarianism, Economics, and Legal Theory", *Journal of Legal Studies,* 8: 103 (1979). Toliau cituojami šios esė fragmentai (be kitų) iliustruoja prielaidą, jog turto maksimizacija yra savaiminė vertybė, todėl turto maksimizavimo teiginius dera suprasti kaip to paties pobūdžio teiginius (ir konkuruojančius su jais) kaip utilitaristų teiginiai, jog laimė yra savaiminė vertybė: (a) „kai ekonomistas kalba normatyviai, jis linksta apibrėžti gėrį, teisingumą arba teisiškumą kaip „gerovės" maksimizavimą ta prasme, kurios neįmanoma atskirti nuo utilitaristo naudos arba laimės sampratos ... Tačiau savo normatyviniams tikslams aš noriu siauriau apibrėžti maksimizacijos optimumą – kaip „vertę" ekonomine šio termino prasme arba – manau, dar aiškiau – kaip „materialinę gerovę" (p. 119). (b) „Nors šiais laikais palyginti nedaug žmonių mūsų visuomenėje – iš tų, kurie mąsto apie šiuos dalykus, – turto maksimizaciją ar kokią kitą efektyvumo vertę laiko aukščiausia

socialine vertybe, nedaugelis ją laiko nereikšminga. Ir, kaip sakyta, kartais tai yra vienintelė vertybė, kuri yra rūpesčio objektas svarstant kokį aktualų klausimą ... Tačiau aš nenoriu palikti šio dalyko šioje vietoje, mat man atrodo, jog ekonominė analizė tam tikru mastu pretenduoja būti traktuojama kaip koherentiškas ir patrauklus *pamatas* etiniams sprendiniams. Nesu toks tikras, jog utilitarizmas irgi į tai pretenduoja" (p. 110; išskirta cituojant).

112 Tas, kuris pageidauja įprastesnio (nors kai kuriais nereikšmingais atžvilgiais sudėtingesnio) pavyzdžio, galėtų pasirinkti štai šį. Tarkime, jog viešai institucijai kyla reikalas iš privataus savininko nupirkti žemės plotą, bet savininkas jo neparduoda. Šiomis aplinkybėmis teismas galėtų įsakyti priverstinai parduoti žemę už kokią nors kainą, kurią toji vieša institucija yra nusiteikusi sumokėti, o pardavėjas iš tikrųjų sutiktų mokėti, jeigu manytų, kad tai geriausia, ką jis gali gauti. Jeigu mes tariame, kad tokios kainos esama, tai (šiuo mūsų alternatyviu atveju) teismas priverčia parduoti žemę, neskirdamas jokios kompensacijos pardavėjui. Transakcijos išlaidų dalis bylinėjimuisi siekiant tikslios kompensacijos bus sutaupyta, o mes tariame, jog ši dalis yra didesnė nei bet kokios paskesnės išlaidos. (Žr. Posner, aukščiau, 1-a išnaša, p. 40–44.) Ar situacija tuoj po priverstinio ir nekompensuojamo pardavimo kokiu nors atžvilgiu pranašesnė už situaciją prieš pat pardavimą? (Perspėjimai, kuriuos pateikiu tekste dėl galimo neteisingo teksto pavyzdžio supratimo čia taip pat tiktų.)

113 Posneris, 4 išnaša aukščiau. 1-oje išnašoje nurodytoje Posnerio knygoje tarpasmeninių sugretinimų reikšmė yra ginčijama įprastu būdu. Šiame vėlesniame straipsnyje nė nemėginama sutaikyti tų dviejų pozicijų.

114 *Ričardas III,* I aktas, IV scena, 1.6.

115 Guido Calabresi, *The Costs of Accidents* (New Haven: Yale University Press, 1970). Calabresi man sako, jog nors pasažas, kurį cituoju, dažnai buvo suprantamas kaip reikalaujantis kokio nors kompromiso tarp teisingumo ir kaštų sumažinimo, jis pats galvoje turėjęs ne tai. Tačiau žr. Guido Calabresi, „About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin", *Hofstra Law Review,* 8: 553 (1980), ir toliau, 13 skyrių, „Kuo čia dėtas efektyvumas?"

116 Posner, 4 išn. aukščiau.

117 Posner, 4 išn. aukščiau, apibrėžia kaip „kantišką" tokią politinę teoriją, kuri atmeta „bet kokią konsekvencializmo formą" (p. 104). Pagal šį apibrėžimą pats Kantas nėra kantiškas.

118 Ibid., p. 108.

119 Ibid., p. 125–126.

120 Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia* (New York: Basic Books, 1974).

121 Žr. Paulo H. Rubino bei George'o Priesto esė: *Journal of Legal Studies,* 9 (March 1980).

122 Žr. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously,* pp. 98–100, 294–327 (paper edition, 1979) (Dworkin, *Rimtas požiūris į teises,* vertė Karolis Klimka, Lietuvos rašytojų sąjungos leidykla, 2004). Taip pat žr. toliau, 13-ą skyrių, „Kuo čia dėtas efektyvumas?" Straipsnyje, kurį čia kritikavau, Posneris pateikia keletą mano paties darbų komentarų. Jo pastabos nėra akivaizdžiai nuoseklios. Jis cituoja mano tekstą kaip pirmutinį pavyzdį teisės filosofo, aiškinančio, jog teisės teorija neturėtų būti pagrįsta utilitarizmu. Iki čia būtų galima sutikti. Tačiau tada jis spekuliuoja apie tai, ar aš esu „tikras kantininkas", ar viso labo tik, pasak jo, „egalitarinės mokyklos utilitaristas". O vėliau nusprendžia, jog „pagrįstai galima teigti", kad aš esu „kairysis utilitaristas". Ar galėčiau jam pasiūlyti pagalbą? Aš nesu „kantininkas", kaip jis šitai apibrėžia (žr. 10-ą išnašą aukščiau), nors labai simpatizuoju tam, ką laikau pamatiniu paties Kanto teorijos liberalizmu ir egalitarizmu. Aš esu egalitaristas, tačiau mėginau išsakyti lygybės koncepciją, kuri reikalauja individus traktuoti kaip lygius, o ne daryti jų lygų traktavimą priklausomą nuo kokio nors konkretaus apibrėžimo, ir kai kurie iš mano kritikų teigia, jog ši lygybės koncepcija nėra teisinga. Nežinau, ar aš kairysis, nes nesuprantu šio apibūdinimo prasmės taip aiškiai, kad galėčiau jį taikyti sau. Tačiau nesuprantu, kodėl turėčiau būti laikomas utilitaristu – neatviru ar užsimaskavusiu, ar kokiu kitu. Aš sakiau, jog tuo mastu, kuriuo utilitarinės kalkuliacijos išvis turi kokią nors vietą politinėje argumentacijoje (o aš manau, kad kažkas *panašaus* į utilitarinę kalkuliaciją dėl preferencijų išties turi *tam tikrą* vietą), tai iš jų turi būti išvalyta bent jau tai, ką

aš vadinu „išorinėmis" preferencijomis. Tačiau ne tas yra utilitaristas, kuris teigia, jog tokios kalkuliacijos turi tam tikrą vietą. Jis teigia, jog jos turi užimti visą turimą erdvę. Tie, kuriems šie autobiografiniai dalykai (jeigu tokių čia esama) nors kiek įdomūs, galbūt norės užmesti akį į mano *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977; London: Duckworth, 1978). (*Rimtas požiūris į teises,* Vilnius, 2004.)

123 Šiame straipsnyje, pirmą kartą publikuotame *Journal of Legal Studies,* yra prierašas, parašytas siekiant atremti argumentus, pateiktus Richardo A. Posnerio straipsnyje „The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman", *Journal of Legal Studies,* 9: 243 (1980).

124 Žr. Guido Calabresi, „About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin", *Hofstra Law Review,* 8: 553 (1980), kur Calabresis atsiliepia į Dworkino „Is Wealth a Value?", *Journal of Legal Studies,* 9: 191 (1980).

125 Guido Calabresi, *The Costs of Accidents* (New Haven: Yale University Press, 1970).

126 Richard A. Posner, „The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication", *Hofstra Law Review,* 8: 487, 492–496 (1980).

127 Ronad Dworkin, „What is Equality", I ir II dalys, *Philosophy and Public Affairs,* 10.3 ir 10.4 (1981).

128 J. C. Hersanyi, „Morality and the Theory of Rational Behavior", *Social Research,* 44: 623 (1977).

129 R. M. Hare, *Freedom and Reason* (Oxford: Oxford University Press, 1963), p. 112–136.

130 Žr. (bendrai) Johno Rawlso *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1971), pp. 22–27. (Rawls, *Teisingumo teorija,* Vilnius, 1998).

131 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977; London: Duckworth, 1978), 9 ir 12 sk. (*Rimtas požiūris į teises,* Vilnius, 2004).

132 Guido Calabresi išties atsakė į mano pastabas: žr. aukščiau, 1-oje išnašoje nurodytą jo straipsnį, p. 533 (išnaša). Į jo atsiliepimą atsakiau pastraipa, kuri nepateko į šią perspausdinamo straipsnio versiją.

133 Richard A. Posner, „Utilitarianism, Economics, and Legal Theory", *Journal of Lagal Studies,* 8: 103 (1979).

134 Žr. *Hofstra Law Review,* 8 (1980).

135 Ibid., p. 491–497.

136 *Taking Rights Seriously,* 6 sk. (*Rimtas požiūris į teises,* Vilnius, 2004).

137 *Hofstra Law Review,* 8: 492.

138 Ibid., p. 491–492.

139 Ibid., 494–495.

140 Ibid., p. 497–499.

141 Dworkin, *Taking Rights Seriously,* 6 sk. (*Rimtas požiūris į teises,* Vilnius, 2004).

142 Posner, *Hofstra Law Review,* 8: 497–499.

143 Ibid., p. 495.

144 Žr. Dworkin, *Taking Rights Seriously,* p. 233. (*Rimtas požiūris į teises,* Vilnius, 2004.)

145 Žr. A. John Simmons, „The Principle of Fair Play", *Philosophy and Public Affairs,* 8: 307 (1979).

146 Žr. United States v. Carroll Towing Company, 159 F.2d 169, 173 (2d Cir. 1947).

147 Patys teisės kūrėjai turi naudoti įstatymų leidybos teorijas formuodami įsitikinimus ar darydami išvadas apie neaiškių įstatymų implikacijas. Tačiau įstatymų kūrėjas negali naudoti kaip savo teisėkūros teorijos elemento psichologinės legislatyvinės intencijos sampratos, kuri jo paties nuomonę – kartu su visomis kitų nuomonėmis – daro lemiamos reikšmės dalyku kuriamų aktų turiniui. Mat nei jis, nei jie negalėtų *turėti* tokių nuomonių, jeigu jie jau nebūtų pritaikę *kitokią* teisėkūros teoriją: jokia grupė negali taikyti teorijos, jog teisėkūros turinys yra toks, koks jis yra tos grupės nuomone. Jeigu kolektyvinio supratimo samprata nėra rūpestingai susiaurinama iki teiginio apie teisės kūrėjų viltis, o ne paprasčiausiai įsitikinimus, samprata tampa nenuosekli. Ji teikia teisėkūros turinio testą, kuris taria, jog tie, kurių nuomones šis testas naudoja, patys naudojo kitokį testą tam pačiam dalykui.

148 Šio svarbaus klausimo aptarimą rasite dviejose ankstesnėse esė: „Bakke'o

byla: Ar taikyti kvotas – neteisinga?“ bei „Koks iš tikrųjų buvo *Bakke* bylos sprendimas?“

149 Cmnd 7772, HMSO, London, 1979.

150 Report, p. 55.

151 Teisės puristai galėtų prieštarauti sakydami, jog Ataskaitos argumentas čia priklauso ne nuo slydimo nuokalnėn argumento, bet nuo kito ginklo – ryškios linijos (ar jos nebuvimo) argumento. Tačiau visiškai aišku, koks argumentas turėtas galvoje, ir aš vadovaujuosi Ataskaitos tekstu.

152 Report, p. 138.

153 Report, p. 100.

154 Report, p. 139.

155 Report, p. 138.

156 Report, p. 96–97.

157 Report, p. 99–100. Grįsdama argumentą dėl fundamentalios laisvės atėmimo Ataskaita baigiamajame sakinyje cituoja H. L. A. Harto *Law, Liberty, and Morality* (Stanford: Stanford UP, 1963), p. 45 ff.

158 Ataskaita remiasi Hartu savo argumentacijai paremti. Tačiau atrodo, kad Harto argumentas tėra ką tik identifikuotoji klaida. „Bausti žmones už šios formos nepasitenkinimo sukėlimą būtų tas pat, kaip bausti juos tiesiog dėl to, kad kiti nepritaria tam, ką jie daro; ir vienintelė laisvė, kuri būtų suderinama su tokiu utilitarinio principo taikymo aiškinimu, yra laisvė daryti tik tuos dalykus, kuriems niekas rimtai neprieštarauja. Visiškai akivaizdu, kad tokia laisvė yra tuščia.“ Hart, *Law, Liberty, and Morality,* p. 47 (išskirta cituojant). Pirmasis iš šių sakinių yra nelogiška išvada ir niekaip neparemia tekste išsakytos prielaidos.

159 Žr. antrą šios esė dalį; taip pat žr. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978 ed.) 12 sk. (*Rimtas požiūris į teises,* Vilnius, 2004).

160 Report, p. 55.

161 Ibid., cituojama aukščiau, 2 išn.

162 357 US 449 (1958).

163 Dworkin, *Taking Rights Seriously.* (*Rimtas požiūris į teises,* Vilnius, 2004.)

164 Palieku – galbūt kitai progai – klausimą, kokias pamatines teises turėtume pripažinti kaip kozirius, jeigu pasirinktume, kaip savo pamatinį

pateisinimą, ką nors artimesnio tikslui sukurti geriausias sąlygas žmogaus klestėjimui, iškeltą Williamso strategijos. Tačiau mes galėtume pažymėti, jog ta teorija gali būti ne tokia ir tolima rafinuotesnėms utilitarizmo formoms, nei atrodo iš pradžių, bent jau jei remiamės štai kokia prielaida. Galimos dvi žmogaus klestėjimo tikslo interpretacijos, kurias galime pavadinti platoniška ir liberalia. Platoniška interpretacija tvirtina, kad geriausios sąlygos yra tos, kuriomis labiausiai tikėtina, jog žmonės iš tiesų pasirinks ir gyvens tokį gyvenimą, kurį jiems iš tiesų vertingiausia gyventi. Liberali interpretacija vietoj to skelbia, jog geriausios sąlygos yra tos, kurios užtikrina žmonėms geriausią ir labiausiai informuotą pasirinkimą, kaip gyventi savo gyvenimą. Geriausios sąlygos pasirinkti – šia liberalia prasme – reikalauja ne šiaip plataus galimybių, numatomų teisės, pasirinkimo, bet ir viešosios aplinkos, kurioje įvairaus gyvenimo būdo pavyzdžiai yra matomi, kultūrinės tradicijos, kurioje šie būdai yra tyrinėjami vaizduotės priemonėmis įvairiose meno formose, ir įstatymų sistemos, kuri laiduoja ir institucijas, ir santykius, kurie būtini daugeliui iš šių gyvenimo būdų, ir saugo juos nuo įvairių žalojimo formų. Williamso strategija siekia suvesti šias platonišką ir liberalią interpretacijas savo teiginyje, jog geriausia priemonė atskleisti, koks gyvenimo būdas yra iš tiesų geriausias, – užtikrinti geriausias sąlygas pasirinkti liberalia prasme. Tačiau tai tik hipotezė: mes radome priežasčių tuo suabejoti, ir pasaulis aplink mus neteikia jai daug paramos. Taigi pasirinkimas iš šių dviejų interpretacijų yra rinkimasis iš tikrų alternatyvų. Platoniška interpretacija nebūtinai pateisina smegenų plovimą ar kitus mąstymo kontrolės metodus, kurių esame įpratę bijoti. Tačiau aš abejoju, ar ji patraukli daugeliui žmonių, ir darysiu prielaidą, jog teorija, apie kurią dabar keliame klausimus, yra liberali interpretacija. Pirmoje šios esė dalyje matėme, jog įvairūs pasirinkimui palankios aplinkos elementai gali konfliktuoti vienas su kitu. Net jeigu teisė draudžia vartoti pornografiją net privačiai, ji apriboja pasirinkimą reikšmingu būdu. Tačiau jeigu ne, tai riboja pasirinkimą kitu atžvilgiu: tie, kurie nori užmegzti seksualinius ryšius laikydamiesi kultūriškai palaikomų pagarbos ir grožio nuostatų ir auklėti savo vaikus to idealo dvasia, galbūt konstatuos, kad jų planus yra kur kas sunkiau įgyvendinti, jeigu

pornografija įgyja pernelyg tvirtas pozicijas populiariojoje kultūroje, o taip gali atsitikti net ir jei ji neeksponuojama viešai. Taigi geriausių salygų žmogaus klestėjimui tikslas – bent jau liberaliojoje interpretacijoje – reikalauja nuolaidų ir kompromisų panašiai kaip bet kokia utilitarizmo forma. Tuo atveju tikslą užtikrinti tas sąlygas galėtume įtikinamai (bent jau kai kuriems tikslams) laikyti labai progresyvia utilitarizmo forma, kuri bendruomenės vertę matuoja ne galimybėmis realizuoti tas preferencijas, kurias iš tikrųjų išpažįsta bendruomenės nariai, – galimybėmis, teikiamomis žmonėms bendru mastu, statistiškai, – bet pagal galimybes, kurias ji jiems teikia – irgi visumos mastu – kurti ir realizuoti nuoseklias ir informuotas koncepcijas to, koks gyvenimo būdas yra pats vertingiausias jiems. (Tačiau turėtume prisiminti, jog profesorius Williamsas atmeta – bent jau kaip asmens moralės teoriją – tradiciškesnes utilitarizmo formas. Žr. J. J. C. Smart and Bernard Williams, *Utilitarianism: For and Against,* Cambridge University Press, 1973.) Tačiau aš čia primygtinai neteigsiu šio tapatumo, taip pat nesvarstysiu, kaip mano teikiamas argumentas galėtų pareikalauti pakeitimų, jeigu priimame šią daug sau leidžiančią utilitarizmo ribų interpretaciją.

165 Nors čia esama akivaizdžių rato pavojų. Žr. Dworkin, „What is Equality? Part I: Equality of Welfare," *Philosophy and Public Affairs,* 10: 3 (1981).

166 Hart, „Between Utility and Rights," *Columbia Law Review,* 79: 828, 836 ff. (1980).

167 Žr. Dworkin, *Taking Rights Seriously,* įvadas, 12 sk. ir pried., p. 357–358 (*Rimtas požiūris į teises,* Vilnius, 2004). Taip pat žr. Dworkin, „Liberalism", kn.: Stuart Hampshire, ed., *Public and Private Morality* (Cambridge University Press, 1978), ir Dworkin, „Social Sciences and Constitutional Rights: the Consequences of Uncertainty," *Journal of Law and Education,* 6: 3 (1977).

168 Hart, Law, *Liberty, and Morality,* p. 842.

169 Žr., pvz., ibid., p. 845, išn. 43.

170 Žr. Dworkin, *Taking Rights Seriously,* p. 266–272. (*Rimtas požiūris į teises,* Vilnius, 2004.)

171 Federalinis teisėjas Lacey klausymuose dėl Farberio peticijos *habeas corpus* pabrėžė, jog Farberis buvo sumanęs parašyti knygą apie Jascalevichiaus

bylą. Daugelis laikraščių ir apžvalgininkų nuo tada laikėsi prielaidos, jog ketinama publikuoti knyga silpnina Farberio ginamąją argumentaciją teisiškai arba morališkai. Mano galva, priešingai, tai neturi kone jokios reikšmės. Farberio sutartyje su leidėju Jascalevichiaus nuteisimas neminimas kaip knygos publikavimo sąlyga, ir nesama visiškai jokių faktų, kurie liudytų, kad Farberis toje knygoje paskelbs medžiagą, kurios jis nenorėjo pateikti teismui, nei kad jis kokia nors prasme finansiškai arba asmeniškai yra suinteresuotas Jascalevichiaus nuteisimu. Nesama pagrindo abejoti, jog Farberis būtų elgęsis lygiai taip pat, kaip pasielgė, net jei nebūtų ketinęs parašyti knygos.

172 Ankstesnė byla buvo *Gannett v. DePasquale* – ji ypač supykdė spaudą. Tas sprendimas leido teisėjui neįleisti žurnalistų į ikiteisminius klausymus, o vyriausiojo teisėjo Burgerio nuomonė *Richmond Newspapers* byloje skelbia, jog ankstesniu sprendimu turėti omenyje tik tokie klausymai, o ne tikri teismo procesai. Tačiau paties Burgerio nuomonė *Gannet* byloje, taip pat ir kitų Aukščiausiojo teismo teisėjų nuomonės, atrodo, apima ir tikrus teismo procesus, tad *Richmond Newspapers* nutartis greičiausiai buvo nuomonės pakeitimas, kaip, anot teisėjo Blackmuno, būta jo paties atskirojoje nuomonėje pastarojoje byloje.

173 Frank Snepp, *Decent Interval: An Insider's Account of Saigon's Indecent End Told by the CIA's Chief Strategy Analyst in Vietnam* (New York: Random House, 1977).

174 Victor Marchetti and John D. Marks, *The CIA and the Cult of Intelligence* (New York: Knopf, 1974).

175 Bob Woodword and Scott Armstrong, *The Brethren* (New York: Simon and Schuster, 1980).

176 Jo nepriėmė ir Britų lordų rūmai neseniai nagrinėtoje byloje, kurioje Britų plieno korporacija padavė į teismą Granada televiziją, reikalaudama atskleisti informatoriaus Plieno korporacijos vadovybėje vardą.

177 Nat Hentoff, *The First Freedom: The Tumultuous History of Free Speech in America* (New York: Delacorte, 1979).

178 Žr. *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977; London: Duckworth, 1978). (Dworkin, *Rimtas požiūris į teises*, Vilnius, 2004.)

179 Aukščiausiasis teismas susidūrė su šiuo klausimu neseniai nagrinėtoje byloje *Houhins v. KGBX,* kurioje kalėjimo administratoriai nesuteikė jokių galimybių televizijos stočiai ištirti kalėjimo sąlygas. Galbūt dėl to, kad du teisėjai toje byloje negalėjo dalyvauti, Teismas nepasiekė jokio efektyvaus klausimų sprendimo teisinio principo.

180 Visai kitas klausimas – kurio čia negaliu svarstyti – yra tas, kokiu mastu Kongresas gali konstituciškai uždrausti piliečiams apskritai, ir konkrečiai buvusiems agentams, publikuoti informaciją, kuri iš tikrųjų gali būti slapta ir pavojinga, kaip antai – esamų agentų vardus, kaip kad siūlo padaryti įsatymas, kurį aprašiau anksčiau.

181 CŽV iš pradžių išvardijo 339 Marchetti'o knygos dalis, kuriose, anot jos, atskleidžiama valstybės paslaptį sudaranti informacija. Tarp jų – teiginys dėl Richardo Helmso pranešimo Nacionalinei saugumo tarybai, kur Marchetti sako, kad „jo kitais atžvilgiais nepriekaištingą kalbą sugadino nesugebėjimas ištarti Malagasio, buvusio Madagaskaro, pavadinimo, kai kalbėjo apie šią jauną respubliką". Marchetti ir Knopfas dėl to bylinėjosi, ir teisme pati CŽV pripažino, kad 171-os iš tų dalių informacija nesudarė valstybės paslapties.

182 Suvokiant tai kaip teisės dalyką, būtina pripažinti nepriklausomą konstitucinę teisę, siekiant apsaugoti tuos, kurie nori išklausyti tą, kuris pats neturi konstitucinės teisės kalbėti. Aukščiausiasis teismas paskelbė, pavyzdžiui, jog Pirmoji pataisa saugo amerikiečius, kurie nori gauti politinę informaciją iš užsienio autorių, kurių, žinoma, pačių nesaugo Jungtinių Valstijų Konstitucija.

183 Tam tikrais atvejais šio pobūdžio skirtumai gali būti tik laipsnio skirtumai. Pavyzdžiui, komercinės paslaptys gali būti politinės svarbos dalykas. Tačiau jeigu taip, tai argumentas prieš teisių atsisakymo įgyvendinimą yra atitinkamai stipresnis.

Vardų rodyklė

Brandeis, Louis, 485
Brennan, Williams, 90, 426, 427, 435, 442, 444, 445, 456, 457–459, 462, 463, 542–545, 547, 548, 561, 562
Brest, Paul, 59, 60, 62, 65, 66, 70, 78, 557–560
Burger, Warren, 426, 442, 444, 462, 544, 580

Calabresi, Guido, 337, 343, 345, 347, 348, 369, 372, 374–377, 383–385, 573, 575
Case, Clifford, 453–455
Chaffee, Zechariah, 452
Clark, Joe, 453–455
Coase, R. H., 333, 572
Colvin, Reynold H., 417, 418, 421
Cox, Archibald, 414, 415, 417

Davies, Edmund, 137, 140, 146
Denning, Alfred Thompson, 18, 110, 114
Diplock, Lord, 143–146

Ellsberg, Daniel, 523
Ely, John, 51, 85–91, 93, 95, 97–101, 557, 558, 560–563

Farber, Myron, 520–524, 526, 528–530, 534, 537, 541, 543, 555, 579, 580
Fish, Stanley, 263, 239, 246, 251, 253, 569
Fowles, John, 223–225, 567
Frankfurter, Felix, 438

Grice, Paul, 65, 66, 558
Griffiths, J. A. G., 17, 18, 44, 556

Habermas, Jürgen, 151, 164, 167
Hand, Learned, 42, 104, 405, 556, 563
Hart, Gary, 258
Hart, H. L. A., 56, 510, 511–516, 519, 556–558, 562, 577, 579
Hentoff, Ant, 536, 537, 580
Hirsch, E. D., 219, 567
Humphrey, Hubert, 261, 453–455

King, Martin Luther, Jr., 152

Lewis, Anthony, 429

Mackie, John, 150, 345, 563
Madison, James, 90, 91, 545, 547, 558, 561
Marchetti, Victor, 532, 549, 581
Marshall, John, 50, 426, 427, 435, 442, 462
Mill, John Stuart, 90, 262, 469, 537, 538, 542, 544, 545, 548, 560

Nixon, Richard, 527, 536

Perry, Michael, 67, 69, 557–559, 563
Posner, Richard, 330, 332, 334, 337, 338, 341, 342, 348, 350, 351–357, 359, 360, 363, 368, 369, 379, 385, 386–395, 397–402, 405–407, 572–576
Powell, Lewis, 426–428, 430, 431–440, 442, 521, 522, 544

Rawls, John, 302, 344, 345, 384, 388, 391–393, 401, 561, 575
Rehnquist, Williams, 426, 442, 444, 445, 447, 450, 453–459, 461, 462, 544

Snepp, Frank, 523, 531, 532, 537, 543, 548–554, 580
Stewart, Potter, 426, 442, 463
Stone, Karlan, 51, 85

Tribe, Laurence, 148, 149, 536

Walzer, Michael, 301–309
White, Bryon, 417, 426, 427, 435, 442, 462, 482

Dworkin, Ronald
Dv 79
Principo reikalas / Ronald Dworkin:
iš anglų kalbos vertė Karolis Klimka. – Vilnius:
Lietuvos rašytojų sąjungos leidykla, 2006.
583 p. – Vardų rodyklė p. 582–583
ISBN 9986-39-417-1

Ronaldas Dworkinas – vienas iš garsiausių JAV teisės specialistų. „Principo reikalas" – trečioji šio tyrinėtojo knyga lietuviškai (pirmoji – „Rimtas požiūris į teises", 2004; antroji – „Teisės imperija", 2005).

UDK 340.12

Ronald Dworkin
PRINCIPO REIKALAS

Redaktorė Teresė Gužauskienė
Dailininkas Romas Orantas
Korektorė Virginija Savickienė
Maketavo Dalia Kavaliūnaitė

2005 11 07. 30 leidyb. apsk. l. Užsakymas 66.
Tiražas 2000. 509-oji leidyklos knyga.
Išleido Lietuvos rašytojų sąjungos leidykla,
K. Sirvydo 6, LT-01101 Vilnius.
www.rsleidykla.lt / info@rsleidykla.lt
Spausdino UAB „Vilniaus spauda",
Viršuliškių skg. 80, LT-05131 Vilnius.

Ronaldas **Dworkinas** (g. 1931) – vienas iš garsiausių šiuolaikinių JAV teisės teoretikų. Studijavo Harvardo ir Oksfordo universitetuose. Nuo 1962 m. dėsto Jeilio, Oksfordo, Londono, Niujorko universitetuose. Britų akademijos ir Amerikos menų ir mokslų akademijos narys. Teisės tyrinėtojai R. Dworkiną vadina „įtakingiausia britų ir amerikiečių teisės teorijos figūra“, o jo darbus apibūdina kaip „monumentalius teisėtyros orientyrus“.

Tai – devyniolikos filosofinių esė, kuriuose nagrinėjama plati temų įvairovė, puota... Svarbiausias šių esė pranašumas yra tas, kad jos ne tik kelia didžiulį susidomėjimą profesionaliems filosofams bei teisės teoretikams, bet yra prieinamos ir neišmanantiems teisės bei filosofijos, ir nepažįstantiems pono Dworkino skaitytojams.

NEW YORK TIMES BOOK REVIEW

Dworkinas ne tik aptaria teisėtyros klausimus, bet ir pateikia skaitytojams pavyzdžių, kaip jo įžvalgos gali padėti išspręsti nelengvus klausimus, kurie šiuo metu glumina Vakarų demokratijas. Problemų spektras platus. [...] Ar valstybė turi remti meną? Ar turi asmuo teisę į pornografiją? Tuo metu, kai liberalias vertybes puola ir marksistinė kairė, ir neokonservatoriška dešinė, ši knyga – gaivus ir įtikinamas liberalios minties gynimo pavyzdys.

TIMES HIGHER EDUCATION SUPPLEMENT

CEU ATVIROS LIETUVOS KNYGA

ALK – serija verstinių knygų, kurias leidžia įvairios leidyklos, remiamos Atviros Lietuvos fondo. Serijos tikslas – supažindinti skaitytojus su šiuolaikiniais humanitarinių ir socialinių mokslų veikalais. Šios knygos leidimą ALF remia kartu su Vidurio Europos universiteto Vertimų projektu.

ISSN 1392-1673
ISBN 9986-39-417-1
9 799986 394173

REKOMENDUOJAMA
KAINA 36,23 Lt